VIOLENCIA DE GÉNERO

Cuando el agresor es menor



DIGITAL CRIME ABOGADOS

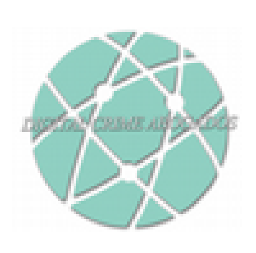
Edición: julio 2017

Autora: Laura Melgar Martínez

Digital Crime Abogados
www.digitalcrimeabogados.com
info@digitalcrimeabogados.com

Fotografía de portada: Pixabay. Autor: Engin_Akyurt

Índice



VIOLENCIA DE GÉNERO. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

Podemos comenzar recordando que la violencia de género es una de las manifestaciones de la sociedad patriarcal y de las relaciones de poder existentes entre hombres y mujeres, que sitúan a las mujeres en una situación de subordinación respecto de los hombres.

El problema de la violencia de género se ha negado durante muchos años y, tradicionalmente, ha sido ubicado dentro del ámbito privado y familiar; no se consideraba un problema político, social ni jurídico. Sin embargo, el raciocinio se ha impuesto y, hoy en día, está claro que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado, sino que se manifiesta como la expresión más grave de la discriminación: la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Es importante recordar que la Constitución Española de 1978 reconoce, en su artículo 15, como derecho fundamental, el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes y que, en virtud del artículo 53 del mismo cuerpo legal, este derecho vincula a todos los poderes públicos.

En el artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, aprobada en 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se define la violencia de género como *"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada"*. Y, en el artículo 2, se establece la siguiente clasificación de los actos que abarca la violencia sobre la mujer, sin perjuicio de que puedan haber otros:

- La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos

tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

- La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

- La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, de 1995, contempla que *"La violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la mujer viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La inveterada incapacidad de proteger y promover esos derechos y libertades en los casos de violencia contra la mujer es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto"*. También amplia la relación de actos que son considerados actos de violencia contra la mujer: las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados; la esterilización forzada y el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos, el infanticidio de niñas y la determinación prenatal del sexo.

En el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, se califican como crímenes de lesa humanidad, entre otros, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.



La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en lo sucesivo, *LOMPIVG*), contempla un concepto de la violencia de género más restringido, reducido a la violencia que se produce en el ámbito de la relación de pareja o ex pareja y, en su caso, sobre los hijos e hijas menores. Por lo tanto, no entran dentro del concepto de violencia de género, de acuerdo con las previsiones de la LOMPIVG, ningún otro tipo de violencia, ni siquiera aquella que tiene lugar contra ascendientes y descendientes femeninos por parte de otros familiares masculinos (diferentes de su pareja o expareja).

El objeto de esta Ley es acabar con la violencia de género, con la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia; así como reconocer a la víctima de violencia de género una tutela integral para prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

Además, y de acuerdo con su artículo 44, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, *LOPJ*), para añadir, a través del nuevo artículo 87 *ter*, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, resulta que también son objeto de la LOMPIVG *"los hechos cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género"*.

Respecto a lo que se tenga que entender por violencia de género, el artículo 1.3 LOMPIVG dispone que *"La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación*

arbitraria de libertad". Este artículo se tiene que poner en relación con el artículo 87 ter LOPJ.

De conformidad con el mencionado artículo 87 ter LOPJ, *"los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia [...] b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior [...] d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado [...]"*.

Respecto a los delitos contra los derechos y deberes familiares, el Capítulo III del Titulo XII del Código Penal tipifica como tales: el quebrantamiento de los deberes de custodia, la inducción de menores al abandono de domicilio; la sustracción de menores y el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Por tanto, a raíz de la LOMPIVG, en el sistema penal encontramos tres ámbitos de protección de las personas frente a los actos de violencia:

- La protección común derivada de la aplicación de los tipos ordinarios del Código Penal.
- El ámbito de especial protección de los miembros de la familia frente a la violencia ejercida por otro miembro del núcleo familiar *(violencia doméstica)*, cuya instrucción competente a

los Juzgados de Instrucción.

- Una protección especialmente reforzada de la mujer frente a la violencia que tenga lugar dentro de la pareja o ex pareja *(violencia de género)*, de cuya instrucción conocen los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En el ámbito europeo es destacable el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia de Género, de 11 de mayo de 2011, más conocido como Convenio de Estambul, el cual ha sido ratificado por España. Su importancia radica en que es el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y es el tratado internacional de mayor alcance para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos, estableciendo una tolerancia cero con respecto a la violencia hacia la mujer.

El Convenio reconoce la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación, y contempla como delito todas las formas de violencia contra la mujer: la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto forzado y la esterilización forzada. Esto implica que los Estados deberán introducir en sus sistemas jurídicos estos delitos.

Los fundamentos del Convenio son:

- Prevenir la violencia, proteger a las víctimas y entablar acciones judiciales contra los agresores.

- Sensibilizar y hacer un llamamiento a toda la sociedad, especialmente a los hombres y niños, para que cambien de actitud y rompan con una cultura de tolerancia y negación que perpetúa la desigualdad de género y la violencia que la causa.



- Destacar la importancia de una actuación coordinada de todos los organismos y servicios oficiales pertinentes y la sociedad civil.

- La recogida de datos estadísticos y de investigación sobre todas las formas de violencia contra la mujer.

Sus objetivos son:

- Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

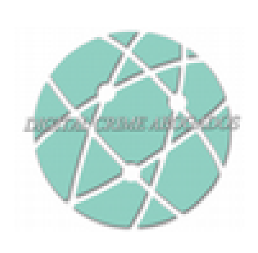
- Contribuir a eliminar toda forma de discriminación de las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluso mediante la autonomía de las mujeres.

- Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia para todas las víctimas de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica.

- Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

- Apoyar y ayudar a las organizaciones y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a fin de que cooperen de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Además, considera responsables a los Estados si no responden de manera adecuada.



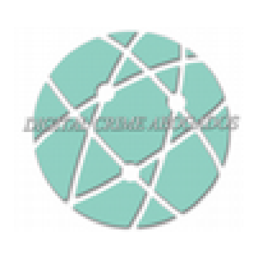
¿QUIÉN ES VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

La LOMPIVG reconoce como víctima de violencia de género a la mujer *(independientemente de su origen, religión u otra condición o circunstancia personal o social)* que es objeto de cualquier acto de violencia física y psicológica *(considerando incluidos, de forma expresa, como tales, las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad)*, ejercido sobre ella por parte de quien sea o haya sido su cónyuge o de quien esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

De este modo, el legislador ha abierto la puerta a que la violencia de género se considere cometida no solo en el caso de personas que estén o hayan estado casadas o a personas que sean o hayan sido pareja de hecho, sino también a las relaciones de noviazgo, aquellas en las que se dan relaciones análogas o similares de afectividad a las del matrimonio sin que exista convivencia.

Por lo que se refiere a las relación de afectividad análoga a la del matrimonio, aun sin convivencia, existe consenso jurisprudencial en considerar que se requiere una cierta permanencia en la relación, no existiendo en el supuesto de las relaciones esporádicas ni tampoco en las de mera amistad. Ahora bien, a partir de este punto conexo existen dos corrientes:

- Por un lado, existe una corriente minoritaria que considera que *"No basta con identificar una relación de "noviazgo", para sin otra consideración otorgarle el mismo valor normativo que legalmente se atribuye al matrimonio. Incluso en los supuestos de relación de afectividad más estrecha se debe identificar la presencia de un proyecto de vida en común, aun cuando no se reclame la convivencia. Dicho proyecto pasa por la identificación de actos externos destinados a institucionalizar o a estabilizar dicha afectividad y vida compartida"*.



Se trata de sentencias que fundamentan que el delito de violencia de género entre adolescentes no existe por la falta de proyecto de vida en común o por ausencia de una relación con visos de permanencia.

- Por otro lado, está el sector que considera que lo decisivo para que *"la equiparación (con la relación matrimonial) se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro"*.

El Tribunal Supremo entiende que, para que las relaciones sentimentales puedan considerarse análogas al matrimonio, es necesario que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aunque no se compartan expectativas de futuro o se den situaciones de infidelidad.

La jurisprudencia nos ha dado un seguido de parámetros para probar la existencia de esta relación similar de afectividad, aun sin convivencia:

- Periodo mínimo de al menos seis meses de relación.
- Que no fuera clandestina.
- Edad de la víctima y del victimario.
- Celebración de contratos bancarios y otros negocios jurídicos en común.
- Apertura de un negocio en común.
- Compra conjunta de un inmueble.
- Existencia de hijos nacidos de dicha relación.

Finalmente, y por lo que respecta a la condición de víctima, la protección de la LOMPIVG se extiende a los hijos e hijas de las víctimas mujeres, por ser considerados víctimas directas o indirectas del entorno familiar.

VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE LAS TIC

Las "nuevas" tecnologías de la información y comunicación *(TIC)* han cambiado la forma de interactuar de las personas, la forma en la que se relacionan unas con otras. Este hecho que, *a priori*, es positivo, tiene también su vertiente negativa, ya que cada vez se cometen más delitos a través de las TIC.

En los primeros tiempos de aplicación de la LOMPIVG, la violencia de género se relacionaba con la agresión física o psicológica y la sexual. Sin embargo, actualmente, y debido al auge de las TIC, encontramos nuevas formas de comisión de la violencia de género, a través de medios informáticos y/o telemáticos *(correos electrónicos, chats, mensajes en Twiter, Tuenti, Facebook)*, que afecta, sobre todo, aunque no exclusivamente, a adolescentes o menores de edad.

De hecho, las TIC han cambiando la forma en que hombres y mujeres se relacionan e interactúan entre sí, haciéndolo en un espacio donde se realiza una exposición de la vida personal, lo que permite a éstos conocer en todo momento donde están, qué están haciendo, con quién están hablando sus parejas o exparejas… Las nuevas tecnologías, mal utilizadas, pueden convertirse en una poderosa herramienta de posesión y control a la pareja; por un lado, permiten estar permanentemente conectados y, por otro, mostrar al mundo hasta el último detalle de nuestra vida privada.

Los delitos que pueden llevarse a cabo a través de las TIC en el ámbito de las relaciones afectivas presentes o pasadas entre un hombre y una mujer normalmente se llevan a cabo cuando la relación está en riesgo de finalizar o cuando ya ha terminado, y sus manifestaciones pueden consistir en amenazas, coacciones, delitos contra la intimidad, injurias, calumnias, trato degradante…

Como vemos, la violencia de género no se traduce tan solo en un homicidio o en un asesinato. Primero aparecen las amenazas, los insultos y, mucho antes, el control *(como cuando el hombre*



controla las relaciones que mantiene la mujer, obligándola a dar de baja en sus redes sociales a personas que no son de su agrado, o controlando las llamadas y mensajes que recibe en el móvil). En un gran número de ocasiones, se pasa de un comportamiento controlador a la ejecución de violencia virtual con humillaciones públicas *(por ejemplo, cuando el hombre cuelga en la web fotografías comprometidas de la víctimas después de la ruptura, sin su consentimiento, o bien comentarios que intentan ridiculizarla),* amenazas, o acoso virtual *(con la remisión constante de mensajes, por ejemplo)*.

El problema es que estas conductas se perpetúan en el tiempo porque las mujeres no son conscientes de que están siendo sometidas a una forma de violencia. La mayoría de las veces estos comportamientos no son advertidos, especialmente por las jóvenes, que los niegan y los justifican en el *amor romántico*.

De hecho, según un estudio sobre *"La percepción de la violencia de género en la adolescencia y la juventud"*, presentado el 27 de enero de 2015 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, uno de cada tres jóvenes (33%) considera inevitable o aceptable en algunas circunstancias *"controlar los horarios de la pareja"*, *"impedir a la pareja que vea a su familia o amistades"*, *"no permitir que la pareja trabaje o estudie"* o *"decirle las cosas que puede o no puede hacer"*.

En 2014, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicó la macroencuesta *"Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE"*. De los datos de esta macroencuesta se desprende, entre otros, que de los 186 millones de europeas, el 11% habían sufrido acoso cibernético a través de la red, del email o del teléfono móvil; de este 11%:

- Un 4 % de todas las mujeres de entre 18 y 29 años de edad, es decir, 1,5 millones en la UE-28, han experimentado acoso cibernético en los 12 meses previos a la entrevista, en comparación con el 0,3 % de mujeres de 60 años o más.

- De todas las mujeres que han sufrido acoso, una de cada cinco (21%) señalaron que éste

duró más de dos años.

- Una de cada cinco víctimas de acoso (23 %) tuvieron que cambiar su dirección de correo electrónico o número de teléfono tras el caso más grave de acoso.

- El 74 % nunca denunciaron a la policía.

Por todo ello, porque hoy las relaciones de pareja también se viven en las redes y a través de los teléfonos móviles, el Código Penal ha tipificado como nuevos delitos ciertos comportamientos relacionados con el desarrollo de las TIC que hasta ahora quedaban impunes.

Para acabar este apartado, cabe mencionar, por su innovación en el ámbito que nos ocupa, que, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Instituto Andaluz de la Mujer presentó, en 2015, el primer protocolo específico ante la ciberdelincuencia de género de España, un fenómeno en auge por el aumento de las relaciones a través de Internet y las redes sociales, convirtiéndose en la primera Comunidad Autónoma en aplicar en España un protocolo institucional contra la ciberdelincuencia de género.

Su objetivo es ofrecer a su equipo de profesionales las herramientas y pautas necesarias para atender de manera adecuada a las víctimas que acuden a su red y que en algún momento del proceso de atención presentan síntomas de sufrir violencia de género a través de las redes sociales.

El protocolo responde a la necesidad de respuesta ante una nueva realidad detectada por el equipo de profesionales del Instituto Andaluz de la Mujer, que han observado que la violencia de género sufrida por las mujeres más jóvenes se manifiesta cada vez más a través de los canales de relación y comunicación utilizados por la juventud, como las redes sociales.

Estas nuevas formas han generado riesgos específicos derivados de las propias características de las

TIC, como la multiplicación de los efectos de la violencia por su capacidad de difusión, repetición y viralidad; el mayor anonimato del agresor; la posibilidad de que se dé una suma de maltratadores; la continuidad en el tiempo; la exhibición de la intimidad ante infinitas personas; la facilidad para el control permanente *(geolocalizadores, control de estado online o conexiones, etc.)*; o el riesgo de suplantar fácilmente la personalidad de la víctima.

Ante ello, el protocolo define ciberdelincuencia de género como toda aquella violencia machista que se lleva a cabo a través de las TIC (revelación de secretos, injurias y calumnias, trato denigrante, difusión de imágenes, usurpación de identidad, grooming, amenazas o coacciones, extorsión, etcétera), y establece las pautas a seguir para la detección y actuación ante cualquier señal de alarma.

La Junta ha incidido en la importancia de la prueba electrónica en la denuncia y en todo el proceso judicial, y han detallado que por este motivo el protocolo dedica un apartado amplio a las pautas que se deben dar a la usuaria para garantizar su seguridad informática y para recabar pruebas electrónicas que puedan servir en un juicio.

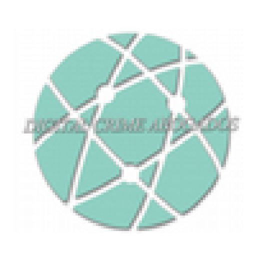
Respecto a la prueba electrónica, en este protocolo se dispone lo siguiente:

> *Prueba electrónica es la obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital que sirve para formar la convicción en torno a una afirmación o punto de debate relevante en un procedimiento judicial. Por ejemplo, una fotografía, un video, un sms, una conversación por whatsapp, una página web, un e-mail, una base datos, en cualquier soporte constituye una prueba electrónica.*
>
> *Por tanto, son pruebas derivadas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La licitud de estas pruebas dependerá de que se obtengan respetando el derecho a la intimidad de las personas pues las comunicaciones electrónicas están protegidas en la Constitución (artículo 18), así como en el ámbito civil por la Ley Orgánica sobre protección civil del derecho al honor, a la*

intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y en el ámbito penal por la Ley Orgánica del Código Penal. Cuando la persona que ha obtenido la prueba ha formado parte de la comunicación, o la comunicación se ha realizado por medios públicos de difusión (por ejemplo un blog), la prueba es lícita. Al igual que cuando se incorpora al proceso por autorización judicial. Por tanto, no se vulnera el derecho a la intimidad de la otra persona si se aporta a los procedimientos judiciales un mail recibido con insultos, o la grabación de una conversación por quién participa en ella, o mensajes recibidos o publicados a través de Internet, etc..

El componente electrónico de la prueba electrónica hace que sea especialmente importante presentarla ante los Tribunales de forma clara y comprensible para que personas sin conocimientos TIC puedan comprenderla. Por eso en ocasiones será conveniente contar con un asesoramiento tecnológico o con un peritaje en seguridad informática.

En ocasiones la víctima destruye la propia prueba electrónica, pero con el uso de determinadas técnicas puede ser recuperada.



MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LO 1/2015 EN EL CÓDIGO PENAL QUE AFECTAN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La LOMPIVG ha recibido reconocimientos internacionales al abordaje integral más revolucionario para la erradicación de la violencia sobre las mujeres. No obstante, esta norma no estaba exenta de lagunas, las cuales ya fueron detectadas por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo, *LO 1/2015*), que entró en vigor el día 1 de julio 2015, justifica las reformas en materia de violencia de género en la necesidad de reforzar la protección especial que dispensa el Código Penal (en lo sucesivo, *CP*) a este tipo de víctimas y en adecuarse a los compromisos internacionales del Estado español, como el Convenio de Estambul del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres, de 7 de abril de 2011, publicado en el BOE el 1 de agosto de 2014.

Las modificaciones introducidas demuestran que existe un compromiso firme por parte del legislador en la lucha contra la violencia de género.

Como resulta de la misma Exposición de Motivos de la LO 1/2015:

"En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito.

1. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra

las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

2. Además, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada. Esta medida, que fue introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

3. Por otro lado, la desaparición de las faltas, y la adecuación de los tipos penales que ello comporta, no impide mantener la diferenciación en el tratamiento de los delitos relacionados con la violencia de género y doméstica, con el fin de mantener un nivel de protección más elevado. De este modo, aunque la nueva categoría de delitos leves requiera, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado, este requisito de perseguibilidad no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica. Tampoco se exigirá denuncia en estos casos para la persecución del nuevo delito de acoso.

4. Otra previsión destacable en esta materia es la corrección que se introduce en materia de imposición de penas de multa, con el fin de que no genere consecuencias negativas en el ámbito familiar. Con carácter general, solo será posible la imposición de penas de multa en este tipo de delitos cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común. De este modo, se recurre a la imposición de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de delitos de violencia de género y doméstica, con el fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa.

5. Finalmente, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos."

Las modificaciones más destacadas introducidas en el CP por la LO 1/2015 que tienen relación con la violencia de género son las siguientes:

- **Artículo 22,4ª CP. Introducción de la agravante de género**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
Son circunstancias agravantes: […] • **4.ª** Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.	Son circunstancias agravantes: […] • **4.ª** Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

El artículo 22 incluye, de forma expresa, por primera vez, la referencia al género como circunstancia agravante de responsabilidad criminal, diferenciándola así del agravante de sexo. De este modo, se introduce el rol social como causa de discriminación.

La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como *«los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres»*, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

Esta agravante se puede aplicar en los delitos, como de asesinato y homicidio, en los que no está prevista la agravante cuando la víctima sea pareja o ex pareja, teniéndose que acreditar que el delito se ha cometido contra la mujer por el simple hecho de serlo, como acto de dominio y superioridad.

- **Artículo 83. Condiciones para la suspensión de las penas de prisión**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes	**1.** El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados: - **1.ª** Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares

que le haya fijado de entre las siguientes: - **1.ª** Prohibición de acudir a determinados lugares. - **2.ª** Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. - **3.ª** Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida. - **4.ª** Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas. - **5.ª** Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares. - **6.ª** Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como	u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada. - **2.ª** Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. - **3.ª** Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal. - **4.ª** Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

persona. Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado. **2.** Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.	- **5.ª** Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas. - **6.ª** Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares. - **7.ª** Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. - **8.ª** Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte



	necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos. - **9.ª** Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. **2.** Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior. **3.** La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª, o 4.ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de

	ejecución. **4.** El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

La LO 1/2015 ha ampliado el listado de prohibiciones y deberes que se pueden imponer al penado, ha modificado la definición de los supuestos en los que su imposición es preceptiva y ha regulado algunos aspectos relativos al control de su cumplimiento.

Se establece un régimen único de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad *(artículo 83.1 CP)*. No obstante, en el caso de delitos relacionados con la violencia de género siempre se impondrán las siguientes prohibiciones:

- prohibición de aproximación a la víctima,

- prohibición de residencia en un lugar determinado y
- deber de participar en programas de igualdad de trato y no discriminación.

Por otro lado, se contempla la necesidad de comunicar las prohibiciones impuestas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velaran por su cumplimiento y que deberán comunicar al Tribunal o al Ministerio Fiscal cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante.

- **Artículo 84. Condicionamiento de la imposición de la pena de multa en el supuesto de violencia de género**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena. **2.** Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos: - Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta. - Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años. - Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.	**1.** El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: - **1.ª** El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. - **2.ª** El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.	- **3.ª** La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración. **2.** Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente,

	el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad condicionada al pago de una multa, en el caso de los delitos relacionados con la violencia de género solo se podrá imponer cuando conste acreditado que entre el condenado y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de descendencia común.

Es decir, que la pena de multa, sea como pena principal o como sustitutiva de otra, solo podrá imponerse si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 84.2 CP de no relación de dependencia económica, acreditándose que el abono de la multa no va a perjudicar los intereses económicos de la mujer derivados de la propia relación conyugal o de convivencia, o de obligaciones económicas habidas para con los hijos de la pareja.

- **Artículo 140. Introducción de la pena de prisión permanente revisable para los supuestos de asesinato**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de	**1.** El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes

prisión de veinte a veinticinco años.	circunstancias: • **1.ª** Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. • **2.ª** Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. • **3.ª** Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. **2.** Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

La LO 1/2015 introduce la pena de prisión permanente revisable, contemplando el artículo 140 CP los supuestos de asesinato a los que cabe castigar con esta pena.

- **Artículo 172 *bis* CP. Introducción del delito de matrimonio forzado**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
	1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. **2.** La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. **3.** Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad.

La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas.

Por su lado, el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ratificada por España, establece que "*los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en*

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) el mismo derecho para contraer matrimonio; b) el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento".

El nuevo delito de matrimonio forzado se introduce en el CP como un delito especial dentro del delito de coacciones, no como un delito de trata de seres humanos, lo que implica que bien jurídico protegido por el delito de matrimonio forzado es el derecho a contraer libremente matrimonio, reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La introducción de este nuevo delito responde a la necesidad de dar respuesta adecuada a este fenómeno, reconocido como una forma de esclavitud, y que está íntimamente enlazado con la violencia sobre la mujer y la trata de seres humanos, cumpliéndose así con los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos.

Hasta ahora la sanción de estas conductas venía a través de la sanción de los delitos con los que normalmente suelen ir aparejadas, como agresión sexual, detención ilegal, lesiones, coacciones y amenazas.

- **Artículo 172 *ter* CP. Introducción del delito de acoso o acecho (*stalking*)**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
	1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente

	autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: • **1.ª** La vigile, la persiga o busque su cercanía física. • **2.ª** Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. • **3.ª** Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. • **4.ª** Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. **2.** Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a

	ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo. **3.** Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. **4.** Los hechos descritos en este artículo solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Se introduce este nuevo tipo penal, de acoso o acecho, conocido como *stalking*, dentro de los delitos contra la libertad. Con la inclusión de este delito se pretende dar respuesta a conductas muy habituales que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como amenazas o coacciones, pero que atentan gravemente la libertad de la víctima.

Se penalizan aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito de la intención de causar algún mal *(amenazas)* o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima *(coacciones)*, se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes y reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento *(llamadas, whatsapp, seguimiento a la salida del trabajo, de casa...)*.

En la actualidad, son frecuentes los casos en los que la mujer no ha sufrido episodios de malos tratos durante su relación, pero que, cuando se produce la ruptura, el hombre, que no lo acepta, comienza a acosarla con whatsapps y llamadas, a vigilarla y perseguirla… con la intención de "hacerla entrar en razón" y conseguir que su pareja vuelva con él.

- **Artículo 197.7 CP. Introducción del delito de divulgación no autorizada de imágenes (*sexting*)**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
	7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Con la introducción de este nuevo delito se trata de cubrir la laguna que existía cuando se difundían o cedían las imágenes o grabaciones de una persona que se hubieran obtenido con su

consentimiento, pero que después se difundían o cedían a terceros sin su anuencia, cuando la divulgación lesiona gravemente su intimidad.

Con este nuevo precepto se pena tanto a quien haya protagonizado y grabado una relación íntima con consentimiento de la víctima y lo difunda sin su consentimiento, así como al que reciba esas imágenes de otra persona y las difunda *(por ejemplo, el internauta que, sin haber participado en la grabación de estas imágenes, las difunde)*.

- **Artículo 468.3 CP. Introducción, como delito de quebrantamiento de condena, la manipulación de dispositivos electrónicos**

Texto anterior a la LO 1/2015	LO 1/2015
	3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.

Se tipifica, como delito de quebrantamiento de condena, la manipulación de los dispositivos técnicos que tienen como finalidad controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares.

Se castiga la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas



cautelares, así como no llevarlos consigo u omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.

Hay que recordar, por otro lado, que, en virtud de la modificación introducida en el artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, *LOPJ*) por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de violencia de género, son competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para el conocimiento de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 CP.

- **Eliminación de las faltas e incorporación de los delitos leves**

El legislador decide derogar las faltas en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal y con el objetivo de reducir el número de procedimientos que sobrecargan los Juzgados, reconduciéndolos así a la vía administrativa o civil.

No obstante, el legislador, consciente de la importancia de que actitudes y acciones consideradas como faltas son la antesala de la violencia de género, mantiene la diferencia en el tratamiento de los delitos de violencia de género, con la finalidad de mantener un nivel de protección más elevado.

De esta forma, las injurias leves y las vejaciones injustas leves salen del ámbito penal, salvo en los casos de violencia de género, que se pasan a tipificar como delitos leves *(artículo 173.4 CP)*.

- **Libertad vigilada**

Se amplían los supuestos en que se puede imponer la pena de libertad vigilada.

Una gran parte de condenados siguen obsesionados con un sentimiento de propiedad, de que la

expareja les pertenece, lo que les lleva a una persecución permanente para saber y conocer dónde se encuentra, con quién se relaciona, cuáles son sus hábitos, llamadas al teléfono fijo y móvil...

La libertad vigilada aplicada a los delitos de violencia de género salvará situaciones en las que se incrementa el riesgo de la víctima; así, y por lo que respecta a la violencia de género:

- **Se introduce el artículo 140 *bis* CP**, según el cual, a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título *("Del homicidio y sus formas")* se les podrá imponer, además de la pena correspondiente, una medida de libertad vigilada;

- **Se introduce el artículo 156 *ter* CP**, que dispone que a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título *("De las lesiones")*, cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se les podrá imponer, además, una medida de libertad vigilada.

- **Se modifica el artículo 173.2 CP** *(maltrato habitual)* y se introduce en el mismo la posibilidad de que se imponga una medida de libertad vigilada *(de este artículo hablaremos en el apartado siguiente)*.

DELITOS EN LOS QUE SE PUEDE MANIFESTAR LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Por lo que se refiere a los delitos que pueden ser constitutivos de violencia de género, se debe prestar atención a las previsiones contenidas en los artículos 87 *ter* LOPJ y 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, *LECrim*), que atribuyen a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la competencia para *"la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación"*.

No obstante, tal y como dispone la Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE) 4/2005, corroborada por la Circular de la FGE 6/2011, quedan excluidos los delitos imprudentes *(arts. 142, 146, 152 y 158 CP)*, el aborto causado por la propia mujer *(art. 154.2 CP)*, las amenazas a grupos de población *(art. 170 CP)* o los atentados contra la integridad moral realizados por autoridad o funcionario público *(art. 175 CP)*, así como el aborto provocado con el consentimiento de la mujer *(art. 145.1 CP)* -salvo que, en este caso, se tratase de un supuesto de inducción por parte de su pareja masculina en el seno de una relación de dominio-. La cláusula residual "cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación", contemplada en los artículos 87 *ter* LOPJ y 14 LECrim, permite que no quede fuera del conocimiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ningún acto de violencia de género, de manera que su competencia se extienda a todos los tipos penales cuya ejecución se acompañe de actos de violencia o intimidación, siempre y cuando entren dentro del objeto de la LOMPIVG *(por ejemplo, el allanamiento de morada con violencia o intimidación -art. 202.2 CP-; el robo con violencia o intimidación -art. 242 CP-; o la extorsión -art. 243 CP-)*.

Además, de acuerdo con el artículo 14 LECrim, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen competencia para el conocimiento y fallo de los juicios por los delitos leves tipificados en los arts.

171.7.2º, 172.3.2º y 173.4 CP *(delitos leves de amenazas leves, coacciones leves o injurias o vejaciones de carácter leve)* cuando la víctima sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Acto seguido se presenta una breve referencia a un seguido de delitos que pueden tener lugar en una situación de violencia de género:

Homicidio

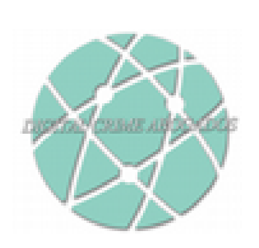
El homicidio y sus formas *(como el asesinato, por ejemplo)* tiene su regulación en el Título I *("Del homicidio y sus formas")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

Cabe recordar que el artículo 15 de la Constitución Española (en lo sucesivo, *CE*) establece, por un lado, que *"todos tienen derecho a la vida"* y, por el otro, prohíbe la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra. De este derecho a la vida surge para el Estado el deber de proteger las vidas humanas frente a los ataques homicidas procedentes de particulares.

El bien jurídico que se tutela en este grupo de delitos es el de la vida humana independiente o extrauterina.

El sujeto activo de estos delitos puede serlo cualquiera y, sujeto pasivo, puede serlo un ser humano ya nacido y aún vivo diferente del autor.

Realiza el tipo del delito de homicidio la persona a la que, por acción u omisión, se le pueda imputar objetiva y directamente la muerte de otra persona.



Aborto

El aborto se regula en el Título I *("Del aborto")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

El objeto material sobre el que recae la acción de estos delitos es el feto, requiriendo la consumación del tipo penal la muerte del mismo antes de su nacimiento.

Lesiones

Las lesiones se regulan en el Título III *("De las lesiones")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la salud individual en un sentido global, tal y como la entiende la Organización Mundial de la Salud *(que define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades)*, y subjetivo, es decir, como bienestar físico y psíquico.

Se protege la integridad corporal, entendida como un conjunto que comprende la salud individual y la libre disposición sobre la misma.

Dentro del delito de lesiones nos encontramos:

- con un tipo básico *(artículo 147.1 CP)*, que castiga con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses a quien, por cualquier medio o procedimiento, cause a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, y

- con diversos subtipos agravados,



Entre los subtipos agravados se encuentra el contemplado en el artículo 148,4º CP, según el cual, las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Por otro lado, entre otras, también se contempla la figura especial del artículo 153 CP:

> *1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

> *2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.*

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado

Como se puede observar, con la remisión al artículo 173.2 CP *(que se refiere, entre otros, a quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él -al sujeto activo del delito- por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia)*, este artículo hace referencia expresamente, aunque no exclusivamente, a supuestos de violencia de género.

Y en el artículo 156 *ter* CP se contempla la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada cuando se cometa más de un delito de lesiones, cuando la víctima sea una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP.

Lesiones al feto

Las lesiones al feto se contemplan en el Título IV *("De las lesiones al feto")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

La consumación de estos delitos tiene lugar cuando la lesión se manifiesta tras el nacimiento *(la conducta recae sobre el feto pero el resultado se manifiesta tras el nacimiento)*.

Delitos contra la libertad

Los delitos contra la libertad encuentran su encuadre en el Título VI *("Delitos contra la libertad")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

El derecho a la libertad es un derecho fundamental y, además, se proclama en el artículo 1 CE como uno de los valores superiores que han de inspirar el ordenamiento jurídico español. Ello, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, implica el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

En este título el CP recoge diversas figuras delictivas:

- las detenciones ilegales y secuestros, que protegen la libertad ambulatoria o de movimiento;
- las amenazas, que protegen la libertad de formación de una decisión propia y/o en contexto de seguridad y sosiego, o, como ha manifestado el Tribunal Supremo en diversas sentencias, "el derecho a la tranquilidad y a no estar sometido a temores en el desarrollo normal y ordinario de la vida";
- las coacciones, que protegen la libertad de obrar, de conducirse conforme a una decisión previamente adoptada.

Amenazas

En las amenazas existe una intimidación derivada del anuncio de un mal futuro, injusto y posible.

El mal anunciado tiene que tener un destinatario determinado, ser verosímil, relativamente concreto y su materialización estar al alcance del autor, independientemente de que tenga intención de

ejecutarlo o no, y tiene que ser idóneo para afectar a la libre formación de la voluntad del individuo.

Se trata de un delito circunstancial, por lo que deberán tenerse en cuenta el conjunto de la conductas, es decir, las expresiones proferidas, las acciones ejercidas, el contexto en el que se vierten, las condiciones del sujeto pasivo y activo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho, y atendiendo a los actos anteriores, simultáneos y, sobre todo, posteriores.

Todas las modalidades de amenazas son dolosas, exigiéndose por la jurisprudencia un dolo específico consiste en "ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin" o "ánimo intimidatorio evidente contra la víctima", siendo indiferente la voluntad o no de ejecutar el mal anunciado.

El artículo 171.4 CP define como delito menos grave las conductas constitutivas de delitos leves de amenazas, cuando el sujeto amenazado levemente sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. En este caso, se prevé una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona especialmente vulnerable, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Sin embargo, de acuerdo con el apartado 6º, el Juez puede imponer la pena inferior en grado a la señalada, motivando esta decisión en la sentencia en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho.

Artículo 171.4. *El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de*

trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Artículo 171.6. *No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.*

Por su parte, en el segundo párrafo del artículo 171.7 CP se establece que cuando el ofendido por una amenaza leve sea una persona a las que se refiere el art. 173.2, se impondrán, alternativamente, la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses. La pena de multa se aplicará siempre que no vaya en contra de los intereses económicos de la víctima.

Además, para la persecución de este delito no se requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Artículo 171.7,2. *Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en*

beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.

Coacciones

En el caso de las coacciones, el núcleo de la conducta típica viene constituido por el empleo de violencia. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, las coacciones constitutivas de falta, recogidas en el derogado artículo 620.2º CP, se configuran como un delito leve de carácter semipúblico atendiendo a la levedad de la violencia ejercida (artículo 172.3 CP).

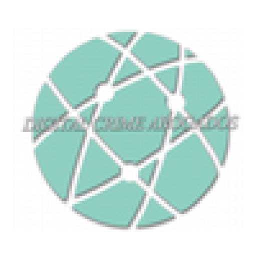
En el tipo básico *(articulo 172.1 CP)* se contemplan dos comportamientos alternativos, cuyo núcleo comisivo viene caracterizado por el ejercicio de la violencia:

- Impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe.
- Compeler a un sujeto a efectuar lo que no quiere.

La "violencia" es el elemento esencial y común de las coacciones.

El delito de coacciones es un delito de resultado, siendo necesario que la víctima deje de hacer lo que estaba haciendo o haga algo que no quería.

El artículo 172.2 CP castiga como delito menos grave coacciones leves sobre quien sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. La pena a imponer es la de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la



tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, pudiendo aplicarse, asimismo, los supuestos de agravación y de atenuación en los supuestos que expresamente se contemplan.

Artículo 172.2. *El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.
Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.



Respecto a este precepto se pronuncia, entre otras, la Audiencia Provincial de Madrid, que, Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de 26 de enero de 2016, nº 38/2016, rec. 1943/2015, expone:

SEGUNDO.- -. Alega la recurrente como segundo motivo de impugnación, que los hechos que se consideran probados no son constitutivos de un ***delito de coacciones continuado.***

El motivo se articula en realidad a partir de dos argumentos.

a) El primero es la idoneidad de la calificación del hecho como constitutivos de un delito de coacciones leves previsto en el artículo 172.2 del Código Penal.

Se argumenta que las llamadas realizadas por el acusado fueron en su mayor parte "fallidas" en tanto que no contestadas por la denunciante, por lo que en puridad, no alteraron su tranquilidad ni afectaron al bien jurídico protegido.

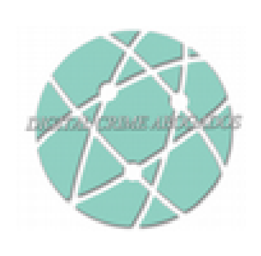
No puede asumirse el argumento. Las llamadas, contestadas o no, llegaron a la denunciante que escuchó su teléfono y supo que el que intentaba comunicar era el acusado. Supo también en el contexto referido, cual era el sentido de la comunicación, por lo que la perturbación existió igualmente.

La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse ya en otras ocasiones en relación con la reiteración de comunicaciones impuestas al sujeto pasivo. Así en nuestra sentencia 795/15 de 5 de noviembre referida a la realización de 80 llamadas y SMS en un mismo día se razona que "Como se recoge por la SAP Madrid, 31-3-2014, secc.27 : "Considera la Sala que ***los supuestos de acoso y hostigamiento telefónico con el completo conocimiento de que se violenta al hacerlo la decisión del destinatario de no recibir tales llamadas y con la intención de imponer la voluntad del remitente, ocasionando al destinatario una perturbación en su tranquilidad y sosiego*** *y una imposición de*

una conducta a la que aquél no tiene derecho alguno, constituye ***una modalidad de vis compulsiva que reúne todos los elementos que definen al delito de coacciones****, que son los siguientes:*

> *a) Una* ***dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: impedir a alguien hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto*****.**
>
> *b)* ***Que tal actividad se plasme en una conducta de violencia física o intimidación o incluso la fuerza en las cosas****. La mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. Esta utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz, y causal respecto al resultado perseguido.*
>
> *c)* ***Intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado*** *que se busca, pues de carecer de tal intensidad, podría dar lugar a la falta.*
>
> *d)* ***Intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena****, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos "impedir" o "compeler".*
>
> *e)* ***Ilicitud del acto*** *desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico.*

La conducta ha de encaminarse a un resultado de impedir a otro hacer algo no prohibido legalmente *o* ***a impulsarle a hacer algo que no quiera, sea justo o injusto****, requiriendo también, en correlación con esto último, la concurrencia de un factor psicológico, consistente en el ánimo tendencial en el agente de querer restringir la ajena libertad. Ese resultado ha de ser interpretado forzosamente, además, en relación con el* ***bien jurídico protegido****: su esencia radica en la* ***imposición de la voluntad del agente sobre otra persona, presentándose el delito como una "patente***



y hosca agresión contra la libertad personal, como grave perjuicio a la autonomía privada de la voluntad". *Cuando esa agresión no es tan patente, cuando la "intensidad" de la acción, como antes se ha dicho, no es tal que origine una merma tan relevante de la libertad personal, nos encontraremos ante una falta.*

No puede caber duda de que la ***conducta consistente en el acoso y hostigamiento telefónico incesante y grave comporta un atentado contra la libertad y seguridad de la persona afectada, en cuanto ve impedida su propósito de llevar a cabo una vida normal*** *y queda sometida durante todo el tiempo que dure la conducta a una* ***invasión e injerencia en su libertad y a un quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia libertad.***

Claro que no es delictivo que una persona trate de expresar sus sentimientos o su estado de ánimo con mayor o menor fortuna, o que quiera establecer comunicación telefónica con otra persona, incluso de modo insistente. Esto forma parte de la realidad cotidiana. El problema empieza cuando se quiere imponer a toda costa el deseo personal y se hace violentando hasta el extremo la libertad ajena. El problema empieza cuando se tiene la perfecta y completa coincidencia de que esa persona no quiere mantener contacto y tiene una voluntad patente y claramente manifestada de desentenderse de cualquier contacto con el emisor, y pese a ello se le impone, asfixiándola y limitándola en su libertad.

La lesión grave de la libertad no se produce pues por expresar sentimientos o por querer comunicar. Se produce porque una persona decide sujetar a otra, contra su voluntad, a una pesadilla continua e imponerle unilateralmente su voluntad y su deseo.

Este acoso injustificado e insistente, a sabiendas de que el destinatario rechaza claramente el contacto constituye en opinión de la Sala el ejercicio de una violencia psíquica atentatoria gravemente contra la libertad. Esa multiplicidad de mensajes y llamadas indeseados es susceptible de generar intranquilidad y desasosiego en cualquier persona y, por tanto, los hechos sí constituyen



coacciones e integran con naturalidad el delito de coacciones leves previsto y penado en el art. 172.2 CP".

También en relación con 20 llamadas la sentencia de esta misma Sala 798 /15 de 5 de noviembre se alcanza la misma conclusión y en la S 526/15 de 8 de julio para la remisión de entre 8 y 22 mensajes al día.

El motivo ha de decaer.

*b) Se argumenta también que el hecho no debe ser considerado un **delito continuado**. Entiende la Sala que la calificación del hecho como constitutivo de delito se alcanza en consideración a la reiteración de llamadas realizadas. Se describen 4 llamadas realizadas un día, 8 al día siguiente y 110 el día 13 de octubre, que es en realidad la cifra significativa. Se considera por tanto la suma de todas las comunicaciones intentadas y, en especial, las 110 realizada en una misma fecha, para calificar el hecho como constitutivo del delito objeto de acusación. También que las 4 llamadas realizadas en la primera fecha, así como las 8 realizada al día siguiente, no serían, en el contexto de la ruptura de pareja, suficientes como para considerar relevante la conducta del acusado. Así la SAP de esta misma Sección 558/15 de 9 de julio considera que "una media de tres o cuatro llamadas al día, más los mensajes de texto, sin contenido injurioso, vejatorio o amenazante, todo ello en el plazo de un mes, carece del elemento esencial de violencia o intimidación propio de las coacciones".*

A partir de este razonamiento, resulta evidente que la conducta del acusado se produce mediante más de una acción. Pero también que precisamente esta reiteración la que le atribuye relevancia penal. Resulta así incompatible considerar además de la infracción la continuidad delictiva que se le atribuye.

Este argumento ha de ser por tanto estimado.



Por otro lado, en virtud nuevo artículo 172.3, introducido por la LO 1/2015, se crea un nuevo delito por el que las coacciones leves se elevan a la categoría de delito leve, así como un subtipo agravado de coacción para cuando dicha amenaza leve se dirija a un círculo de sujetos especialmente protegidos *(a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 CP, y entre las que se encuentra la mujer que es o haya sido pareja o expareja del agresor hombre)*.

La diferencia entre el delito menos grave y el delito de leve de coacciones es cuantitativa erigiéndose el criterio sobre la levedad de la violencia ejercida. Serán delitos leves las conductas coactivas de violencia no insignificante, debiéndose valorar su intensidad tomando como referencia los medios empleados, las características personales de los sujetos, el factor ambiental, así como cualquier otro elemento concurrente en el desarrollo de la acción.

Para las coacciones leves del tipo básico, la pena de multa es de uno a tres meses, castigándose las coacciones leves del subtipo agravado, referente al círculo de sujetos especialmente protegidos del art. 173.2, de forma alternativa, con la pena de localización permanente de cinco a treinta días en domicilio diferente y alejado del de la víctima, de trabajos en beneficio de la comunidad o con la de multa de uno a cuatro meses.

Otra especialidad aplicable en supuestos de violencia de género es que, aunque la perseguibilidad de las coacciones leves comunes requieren de la interposición de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, este requisito no se exige en el caso de las coacciones leves del subtipo agravado previsto en el segundo inciso, por lo que las víctimas de violencia de género no tendrán que denunciar para que el delito de coacciones leves se persiga.

Artículo 172.3. *Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho solo será*



> *perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*
>
> *Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.*

Dentro del grupo de delitos de coacciones también encontramos el delito de *matrimonio forzado*, regulado en el artículo 172 *bis*, y el delito de acecho (conocido como *stalking*), recogido en el artículo 172 *ter* CP.

Matrimonio forzado

En el artículo 172 *bis* CP se contemplan, en realidad, dos delitos diferentes conectados en una relación medio-fin, así como un subtipo agravado a cada uno de ellos:

1. el delito de matrimonio forzado, previsto en el artículo 172 *bis*,1 CP.

2. el delito de forzamiento a abandonar o impedir regresar a territorio español, recogido en el artículo 172 *bis*,2 CP

3. un subtipo agravado referido a los dos delitos anteriores cuando la víctima sea menor de edad (artículo 172 *bis*,3 CP).



El bien jurídico protegido en el delito de matrimonio forzado es el derecho de todo ciudadano a contraer matrimonio en condiciones de libertad e igualdad, y se trata de un delito de resultado que se consuma con el perfeccionamiento del matrimonio.

> *Artículo 172 bis,1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*

En el artículo 172 *bis*,2 CP se contempla un delito medio-fin al delito de matrimonio forzado del artículo 172 *bis*,1, y que es el delito de forzamiento a abandonar o impedir regresar a territorio español.

Además de la violencia o intimidación, también es necesario el engaño, ya que la mayoría de las veces se confunde a la víctima para que abandone España bajo el pretexto de la enfermedad de un miembro de la familia, la boda de un allegado.. y, una vez allí, se le retira el pasaporte para impedir que regrese. El engaño debe ser en todo caso idóneo y la finalidad del viaje estar predispuesta por el autor en aras a ejecutar el matrimonio forzado. Se trata de un delito de resultado y, por tanto, se consuma una vez la víctima abandona el territorio español o, si no se produce la salida bajo engaño o violencia, cuando se impide su regreso.

> *Artículo 172bis,2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.*

El artículo 172 *bis*,3 CP contempla un subtipo agravado a las dos conductas delictivas anteriores cuando la víctima sea menor de edad.

Artículo 172bis,3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad.

Stalking

Por lo que respecta al nuevo delito de stalking, cabe tener en cuenta que, hasta ahora, el envío reiterado de mensajes de contenido denigrante se castigaba por la jurisprudencia, generalmente, como delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP o, en los casos menos graves, como una falta de vejación injusta del artículo 620.2º CP *(derogado por la LO 1/2015)*.

Con la reforma del CP operada por la LO 1/2015, se introduce este nuevo delito, conocido como *stalking*, que se ubica en el artículo 172 *ter* CP, dentro del Capítulo III *("De las coacciones")* del Título VI *("Delitos contra la libertad")* del Libro II *("Delitos y sus penas")*.

El s*talking* es una modalidad delictiva que ya estaba tipificada en otros países, como Estados Unidos, Australia, Canadá, el Reino Unido o Italia, conocida como actos persecutorios que vienen a restringir la libertad y a perturbar la tranquilidad de la víctima.

El stalking o acecho es una forma de acoso en que se produce una persecución ininterrumpida e intrusiva a una persona con la que se pretende restablecer el contacto personal, contra su voluntad. Se refiere a las conductas de acecho y/o intimidación destinadas a forzar algún tipo de contacto o relación personal indeseada por la víctima, provocando en ésta un cambio sustancial en su forma de vida para evitar al acechador.

El bien jurídico protegido es la capacidad de obrar, la cual se lesiona cuando la víctima del hostigamiento tiene que alterar su plan de vida.



A diferencia de las coacciones tradicionales, donde el sujeto conoce y quiere impedir u obligar a realizar una conducta, en el presente caso lo que el sujeto busca es el acercamiento de la víctima y tener una cierta relación con ella.

El hostigamiento se tiene que producir por la insistencia y reiteración de algunas de las conductas contempladas expresamente en el apartado 1 del artículo 172 *ter*, las cuales, en todo caso, tienen que ser idóneas para causar la sensación de acoso en la víctima.

Los medios y modos empleados para el acecho se tienen que dar de manera insistente y reiterada, pudiendo repetirse una sola de las conductas descritas por el legislador, o bien de forma combinada de alguna de ellas.

A priori no cabe fijar un número de conductas determinado para evaluar la continuidad y reiteración, sino que se debe de atender a la idoneidad de las mismas para ocasionar una intromisión indeseada en la vida de la víctima que origine un estado de presión psicológica que la obligue a cambiar su forma de vida.

El delito de stalking es un delito doloso de resultado, que se perfeccionará cuando la víctima se vea obligada a alterar su forma de vida como consecuencia de la realización por el autor del delito de las conductas descritas por el legislador de manera reiterada.

En el artículo 172 *ter* CP se contempla un tipo básico y dos subtipos agravados:

- Tipo básico: el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.



2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

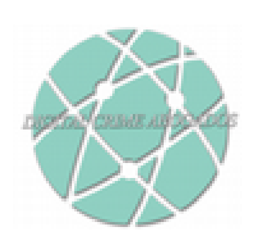
4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

- Subtipo agravado 1: cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, que se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

- Subtipo agravado 2: cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, que se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Para que se pueda perseguir por el delito de acecho en el caso del tipo básico y del subtipo agravado 1, la víctima o su representante legal, en su caso, tiene que interponer una denuncia. En cambio, en el supuesto del subtipo agravado 2, donde se encuadran los casos de violencia de género, no es necesaria esta denuncia para la perseguibilidad del delito.

Por otro lado, a la pena por el delito de stalking se puede sumar la que corresponda por los delitos en que pudieran concretarse las conductas de acoso.



Artículo 172 ter. *1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

La Sala 2ª (de lo Penal) del Tribunal Supremo, se ha pronunciado sobre el delito de stalking, por primera vez, en Sentencia de 8 de mayo de 2017, en la que viene a recordar que la conducta para ser delito debe tener vocación de prolongarse el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana de la víctima, no bastando, por ello, unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima.

Delitos contra la integridad moral

Estos delitos se encuentran ubicados en el Título VII *("De las torturas y otros delitos contra la integridad moral")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

La integridad moral es un derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE: *"todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"*.

La integridad moral ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y abarca su preservación contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, así como contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Tanto la tortura como los tratos inhumanos y degradantes se caracterizan por la causación de



padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, con la intención de vejar y doblegar la voluntad de la víctima. Y se distinguen entre sí por la diferente intensidad del sufrimiento causado en una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante.

Dentro de los delitos contra la tortura y otros delitos contra la integridad moral, el artículo 173.2 CP hace referencia a los supuestos de violencia de doméstica y de género habitual.

La conducta típica consiste en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas protegidas, excluyendo los casos de acoso y hostigamiento, los cuales pasan a configurar el nuevo delito de acoso del art. 172 *ter* CP.

Lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

En este tipo básico del artículo 173.2 CP, se castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años, la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años, y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, se podrá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se cause. Además, se contempla la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada.

El subtipo agravado se encuentra en el párrafo 2º de este artículo 173.2 CP, que establece la obligación de imponer las penas previstas en el párrafo 1º, en su mitad superior, cuando alguno o algunos de los actos de violencia se lleven a cabo concurriendo alguna de las circunstancias mencionadas en el texto. Esto es, se cometan los hechos en presencia de menores, en domicilio

común o de la víctima, utilizando armas o quebrantando una pena o medida cautelar de alejamiento.

Artículo 173.2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

El apartado 4º del artículo 173, introducido por la LO 1/2015, hace referencia a las injurias y vejaciones injustas leves, que, si bien desaparecen con carácter general del CP, al suprimirse las faltas, en el ámbito de la violencia doméstica y de género se castigan como delitos leves.

Las penas contempladas para estos supuestos, de localización permanente, de trabajos en beneficio de la comunidad y multa, se aplicarán de forma alternativa. Además, respecto a la pena de multa, se restringe su aplicación a que no perjudique los intereses económicos de la víctima.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el resto de infracciones en materia de violencia de doméstica y de género, se mantiene para las injurias leves la preceptiva denuncia de la víctima o, en su caso, de su representante legal.

Artículo 173.4. *Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.*

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se recogen en el Título VIII *("Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

El bien jurídico protegido en estos delitos es la libertad sexual entendida como la libre determinación de la sexualidad. Realmente, se trata de un bien jurídico dual: la libertad sexual y la indemnidad sexual, en función del sujeto pasivo, de la víctima.

Cuando el sujeto pasivo es un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, el bien jurídico protegido será la indemnidad sexual, con lo que se pretende reflejar que algunas personas, especialmente vulnerables, deben quedar al margen de los daños que puedan derivar de las experiencias sexuales por no estar en una situación que les permita asumirlas en su configuración personal.

En la libertad sexual se protege a la persona de cualquier comportamiento sexual no deseado, ya sea por no existir consentimiento o porque el mismo se encuentre viciado.

Antes no se consideraban delito contra la libertad sexual las relaciones sexuales no consentidas producidas en el matrimonio, por lo que el marido que forzaba a su mujer podía llegar a ser responsable de lesiones, amenazas o coacciones, pero no de violación; solo se aceptaba la existencia de un delito contra la libertad sexual en casos de divorcio, cuando el vínculo matrimonial ya había desaparecido. Sin embargo, la sociedad ha evolucionado y actualmente la existencia de una relación matrimonial no impide que se pueda consumar este delito.

Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen

Estos delitos se regulan en el Título X *("Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

Aunque de la literalidad del Título X parezca que existen tres grupos de delitos, en realidad su contenido se limita a la tutela de los intereses fundamentales de la intimidad y de la inviolabilidad del domicilio, ya que los que afectan a la propia imagen forman parte de los delitos contra la intimidad.

En el artículo 18.1 CE se establece el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; en el artículo 18.2 CE se reconoce el derecho a la inviolabilidad de domicilio; en el artículo 18.3 CE se garantiza el secreto de las comunicaciones personales y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas; y, en el artículo 18.4 CE se añade la privacidad informática. Según la doctrina mayoritaria, todos estos derechos derivan del derecho a la intimidad y pueden considerarse concreciones del mismo.

El bien jurídico protegido es la intimidad. Se tutela la intimidad en dos de sus facetas:

- como espacio ideal -de información: secretos- que no admite el acceso no consentido de terceros; y
- en cuanto espacio físico -morada, despacho profesional u oficina, o establecimientos abiertos al público- sustraído de intromisiones ajenas.

Además, el bien jurídico intimidad personal, se entiende en un sentido moderno, y, por tanto, no solo como un concepto de libertad negativa -el secreto-, sino también como un bien jurídico positivo -«privacy»-, que se manifiesta, sobre todo, en las facultades de control acerca de los datos y de las informaciones relacionadas con el individuo en el contexto de la sociedad tecnológica.

Así, el Tribuna Constitucional pone de relieve que el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente

a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. De forma que lo que se garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. El derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

La intimidad es un derecho fundamental personal que se reconoce a cada individuo con independencia de sus circunstancias personales o familiares.

La "dimensión familiar" de la intimidad no autoriza a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que a toda persona otorga el artículo 18 de la Constitución, tanto en el ámbito individual como en el familiar.

En este sentido, el Tribunal Supremo, STS 14-5-2001, RC 2122/99, ha manifestado que artículo 18 de la Constitución reconoce un derecho fundamental de toda persona, por el que no se autoriza, ni siquiera al cónyuge, a vulnerar el secreto a las comunicaciones. Y ello, porque se trata de un derecho básico, del ámbito de la «personalísima privacidad» que en absoluto cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, "ya que la única excepción a esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece *erga omnes*, la constituye la autorización judicial rigurosamente fundamentada y motivada en poderosas razones de interés público, que en ningún caso puede dejarse al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado".

Además, el Tribunal Supremo (STS 1219/2004, de 10 diciembre) ha manifestado que la intimidad "corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida



porque es un derecho personalísimo".

Para proceder por los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se exige, de acuerdo con el artículo 201 CP, la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, pudiendo también denunciar el Ministerio Fiscal cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida.

No obstante, la STS 1219/2004, de 10 de diciembre, establece que la inexistencia de la denuncia es convalidable: *"La falta de denuncia es un vicio de simple anulabilidad susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas y esta convalidación se admite incluso cuando aquéllas comparecen en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando en la investigación judicial al ofrecer datos precisos para el esclarecimiento de los hechos sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa. Más recientemente, la STS 1689/03 ha ratificado la doctrina anterior cuando expone que dicha falta puede subsanarse cuando la persona agraviada manifiesta su voluntad de denunciar los hechos ante la autoridad correspondiente, incluso iniciado ya el procedimiento"*.

Por otro lado hay que tener en cuenta que el perdón de la víctima o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de que, si la víctima es menor o discapacitada necesitada de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, puedan rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

En cualquier caso, para que el perdón sea eficaz se debe de otorgar de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia.



Sexting

Entre los delitos contra la intimidad, encontramos el delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento del titular, conocido como *sexting*.

Es habitual que, tras la ruptura de una pareja, el hombre proceda a colgar y difundir en las redes sociales fotos o vídeos de contenido íntimo o sexual. Con anterioridad a la LO 1/2015 estas conductas quedaban impunes si el material que se difundía había sido obtenido con el consentimiento de la mujer.

Con la reforma del CP, la LO 1/2015 introduce un nuevo delito, conocido como *sexting*, que se ubica en el artículo 197.7 CP, dentro del Capítulo I *("Del descubrimiento y revelación de secretos")* del Título X *("Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio")* del Libro II *("Delitos y sus penas")*. Con este artículo se trata de dar respuesta a los supuestos en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero que luego son divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesione gravemente su intimidad. Se incrimina la conducta de difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales, realizada sin autorización del titular de aquellas, obtenidas en un contexto de privacidad con el consentimiento de la persona afectada.

El bien jurídico protegido en este delito es la intimidad, siendo los requisitos del tipo:

- Que se lleve a cabo un acto de difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones de la víctima sin que ésta consienta la difusión.

- Que esas imágenes o grabaciones de la víctima el sujeto activo las hubiera obtenido previamente con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.



- La divulgación debe menoscabar gravemente la intimidad personal de la víctima.

Por otro lado, en el artículo 197.7 CP se contempla un tipo básico y un subtipo agravado:

- Tipo básico: el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona, que será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses.

- Subtipo agravado: cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa, en que la pena se impondrá en su mitad superior.

Por lo tanto, el delito de sexting puede darse en los supuestos de violencia de género, en los que, además, constituye un subtipo agravado, consistiendo, a *grosso modo*, en el envío por el hombre de imágenes o vídeos de la mujer que sea o haya sido su pareja sin el consentimiento de la misma, siempre que esta divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal.

Artículo 197.7. *Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Delitos contra el honor

Los delitos contra el honor los encontramos en el Título XI *("Delitos contra el honor")* del Libro II *("Delitos y sus penas")* del CP.

El honor es un derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE, cuya protección alcanza a la buena reputación de una persona. Es una emanación de la dignidad humana y deber ser entendido como el derecho a ser respetado por los demás.

Según el Tribunal Constitucional, el honor es un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento.

En este título se contemplan, como delitos contra el honor, la calumnia (*que consiste en la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad -artículo 205 CP-)* y la injuria *(es decir, la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación -artículo 208 CP-)*.

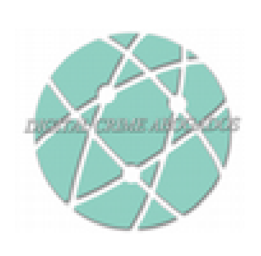
Para la consumación de los delitos contra el honor, la injuria o la calumnia tienen que llegar a conocimiento del injuriado o calumniado.

Con la reforma del CP operada por la LO 1/2015, las injurias injustas de carácter leve desaparecen

del CP, salvo en el ámbito de la violencia doméstica y de género, en que son castigadas como delitos leves.

Artículo 208 (párr. 2º). Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173.

Para la persecución de estos delitos de calumnias e injurias se requiere la interposición de querella por parte de la víctima o su representante legal.



CUANDO EL AGRESOR ES MENOR DE EDAD. ¿EXISTE VIOLENCIA DE GÉNERO?

Partiendo del hecho de que los menores de catorce años son inimputables *(no están sujetos a responsabilidad penal)*, que los mayores de 18 años serán responsables penales conforme a las normas del Código Penal, que los menores de entre 14 y 18 años están sujetos a la justicia penal juvenil y que existe una norma, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (*LOMPIVG*), aplicable, como su propio título indica, a supuestos de violencia de género, cabe preguntarse si los menores de edad pueden cometer actos constitutivos de violencia de género y, en su caso, qué norma les resultaría aplicable.

En el supuesto que el sujeto activo del delito constitutivo de violencia de género sea mayor de 18 años, nos estaremos refiriendo efectivamente a un supuesto de violencia de género que será castigado conforme a las normas contenidas en el Código Penal, aunque la mujer sea menor de edad.

Pero cuando nos encontramos ante un supuesto de "violencia de género" cometido por un menor de edad, surgen las dudas acerca de si este hecho puede ser calificado *strictu sensu* como violencia de género en los términos de la LOMPIVG, o no.

Como ya se ha comentado en apartados anteriores:

- La LOMPIVG tiene como objeto *"actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" (artículo 1.1 LOMPIVG)*.

- La violencia de género comprende *"todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las*

agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad" (artículo 1.3 LOMPIVG).

- Tienen garantizados los derechos reconocidos en la LOMPIVG *"Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social [..]" (artículo 17.1 LOMPIVG)*

A partir de estas formulaciones, vamos a examinar los elementos que configuran la violencia de género para así poder determinar si puede ser cometida o no por un menor de edad.

1. **El primer elemento es el subjetivo, la víctima y el agresor.**

Por lo que respecta a la víctima, cabe tener en cuenta lo siguiente:

- Tiene que ser una mujer.

- Tiene que existir o haber existido una relación de afectividad con el agresor *("por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" -artículo 1.1 LOMPIVG-; "cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia" -artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -en lo sucesivo, LOPJ-).*

No se contempla legalmente ningún otro requisito que deba cumplir la víctima, ni siquiera relativo a la edad. Además, cabe recordar que el artículo 17.1 LOMPIVG se refiere a *"Todas las mujeres […] con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".*

Respecto del tema de la edad, el Tribunal Constitucional en diversas sentencias *(por poner algún*



ejemplo, STC 31/1984, de 7 de marzo; STC 200/2001, de 4 de octubre; STC 341/2006, de 11 de diciembre; STC 161/2011, de 19 de octubre...), ha manifestado que "la edad" es una circunstancia personal.

Por lo tanto, según la doctrina constitucional y de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 17.1 LOMPIVG, el hecho de la edad no es obstáculo para que una mujer pueda ser considerada víctima de violencia de género, por lo que una mujer menor de edad puede ser víctima de violencia de género.

Por otra parte, y por lo que se refiere a las relaciones sentimentales en el periodo adolescente, son difícilmente equiparables, en muchos casos, a las que se establecen entre adultos, pero ello no puede implicar que, por el solo hecho de tratarse de una pareja de adolescentes, la menor no pueda ser sujeto pasivo de los tipos penales de violencia de género y se ponga en entredicho que se trate de una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, como ya hemos tenido ocasión de comentar. Además, no hay que olvidar que en España se permite el matrimonio de los menores de 16 años emancipados *(hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se permitía el matrimonio de menores de 14 años con dispensa judicial)*.

En las Jornadas de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer, celebradas en Antequera en el año 2010, se concluye que la minoría de edad de las partes o de la víctima no excluye la existencia de una relación de análoga afectividad a la del matrimonio, sin convivencia.

Asimismo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, establece expresamente en relación a esta cuestión que *"no parecen criterios asumibles aquellos que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja; o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos*



pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia, agresividad física o verbal o diversas formas de humillación que encajan en los tipos penales contenidos en los artículos 153, 171-4, 172-2, 148-4 y 173-2 del Código Penal", y constata que, según la jurisprudencia, las relaciones de noviazgo se entienden incluidas *"atendiendo a la naturaleza, finalidad, intensidad, grado de compromiso y/o duración de la misma"*.

Por cuanto al agresor, éste:

- Tiene que ser un hombre *(incluido el transexual reconocido legalmente)*, por lo que no se considerará violencia de género la violencia ejercida entre parejas del mismo sexo, o la de la mujer sobre su marido o exmarido, pareja o expareja, que cabría calificar como de violencia doméstica.

- Tiene que existir o haber existido una relación de afectividad con la víctima *(respecto a este extremo, me remito a lo comentado en relación a la misma)*.

Como sucedía en el caso anterior, no se contempla normativamente ningún límite de edad que deba de tener el hombre para poder ser considerado sujeto activo del delito que haya ocasionado la violencia de género, por lo que un menor de edad puede cometer un acto de violencia de género si se cumplen el resto de requisitos.

2. El segundo elemento es el objetivo, los delitos.

En este punto, y por lo que respecta a los actos delictivos que pueden ser constitutivos de violencia de género, se efectúa una remisión a lo ya tratado en apartados anteriores.

Cabe tener en cuenta, por lo que respecta a los delitos cometidos por mayores de 14 años y menores de 18, que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los

menores (en lo sucesivo, *LORPM*), dispone, en su artículo 1.1, que *"Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales"*

Por lo que respecta a la referencia a las faltas, las cuales han sido eliminadas del Código Penal, la disposición adicional segunda de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, establece que *"Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves"*.

3. El tercer elementos es el de la intencionalidad.

Respecto a este elemento, que supone que el acto de violencia física o psíquica sobre la mujer se tiene que haber ejercido como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se han suscitado dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales:

- Por un lado, están los que consideran que el acto de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer que es o ha sido su cónyuge o pareja supone, en si mismo, el ejercicio de un acto de poder y superioridad frente a ella, independientemente de su intencionalidad.

- Por otro lado, están los que entienden que agresor efectivamente debe de actuar desde una posición de dominación y de superioridad hacia la mujer.

Por tanto, no existe unanimidad a la hora de entender cuándo se considera cumplido el requisito de la intencionalidad.



Teniendo en cuenta:

1. que la LOMPIVG no contiene ninguna limitación a la edad, ni para los agresores ni para las víctimas;

2. que el artículo 17.1 LOMPIVG se refiriere a *"Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social [..]"* y, que, como el Tribunal Constitucional ha manifestado, la edad es una circunstancia personal;

3. que entre personas menores de 18 años y mayores de 14 puede darse efectivamente una relación de afectividad similar a la del matrimonio, aun sin convivencia; y

4. que los datos estadísticos sobre violencia ejercida por menores susceptible de ser calificada como violencia de género, nuestros tribunales la tratan como tal,

en este estudio se considera que los menores de entre 14 y 18 años pueden ser sujetos activos de violencia de género y llevar a cabo, por tanto, actos delictivos susceptibles de ser constitutivos de violencia de género contra una mujer con la que tenga o haya tenido relaciones afectivas, sea cual sea la edad de ésta.

Qué norma aplicamos cuando el agresor es menor de edad

Partiendo del hecho de que un acto constitutivo de violencia de género puede ser cometido por un menor de 18 años y mayor de 14, cabe dilucidar qué norma hay que aplicar.

Por un lado, el artículo 1.1 LOMPIVG establece que *"La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de*



poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" y, según el artículo 17.1 del mismo cuerpo legal, *"Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley"*.

Pero, por el otro lado, el artículo 1.1 LORPM dispone que *"Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales". (entendiendo por faltas, delitos leves)*

Consecuentemente, nos encontramos con dos leyes especiales, la LOMPIVG y la LORPM, relativas, respectivamente, a la violencia de género y a la delincuencia juvenil, con un ámbito de aplicación ambas que alcanzan los actos de violencia de género cometidos por menores de 18 años y mayores de 14, y hay que decidir cuál aplicar.

El artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que *"Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"*.

Por otro lado, el sistema penal juvenil tiene por objeto la reeducación y la resocialización del menor, adaptándose las decisiones y las medidas a adoptar al interés superior del menor infractor.

En efecto, en la normativa sobre justicia penal juvenil rige el principio de flexibilidad, que garantiza

que la aplicación de las normas se lleve a cabo atendiendo a la diversidad de menores y sus circunstancias, no existiendo, por lo tanto, una correlación entre la infracción cometida y la medida aplicar. Así, el artículo 7.3 LORPM dispone que *"Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad [...]"*.

Además, la Recomendación 87 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, los jóvenes son seres en evolución y por tanto, todas las medidas adoptadas respecto de ellos deberían tener un carácter educativo.

Consecuentemente, cuando el maltratador es menor de edad está sujeto a una jurisdicción con especiales características de tipo sustantivo y procesal, la Jurisdicción de menores, que diseña un proceso específico adaptado a las peculiaridades de este tipo de delincuentes, inspirado en el principio general del interés superior del menor, lo que quiere decir que todas las cuestiones que se susciten en los procesos para exigir la responsabilidad penal de menores se tienen que resolver buscando lo más conveniente para el menor.

Ese interés superior del menor inspira y vertebra toda la regulación, tanto de las medidas sancionadoras educativas que regula la ley, como del proceso para aplicarlas. Y, en este sentido, conforma un sistema que, a diferencia del sistema penal de adultos, busca aplicar al menor la medida que más y mejor encaje tenga en su vida, con la finalidad de conseguir su reeducación.

Consecuentemente, y atendiendo especialmente al interés superior del menor que inspira nuestro ordenamiento jurídico, debe entenderse que a los actos delictivos constitutivos de violencia de género ejercidos por un menor de entre 14 y 18 años, se tiene que aplicar la LORPM.



Esto no quiere decir, por otro lado, que el régimen de protección integral de la víctima contemplado en la LOMPIVG no resulte de aplicación, ya que el artículo 17 LOMPIVG garantiza la protección integral de la ley a "Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley ".

Sin embargo, la LOMPIVG otorga una especial protección a las víctimas de los delitos de violencia de género que, a nivel procesal, se traduce fundamentalmente en especiales medidas cautelares, garantías específicas para su cumplimiento y efectos extraprocesales de dichas medidas, por lo que, a la hora de hacer efectiva esta protección, por las especialidades derivadas del sistema penal juvenil, inspirado en el principio de interés superior del menor, cuando el agresor sea un menor de 18 años y mayor de 14, hay que tener en cuenta que la protección dispensada a las víctimas por la LOMPIVG estará limitada.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM)

La LORPM regula el sistema penal de justicia juvenil, es la norma que se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos delictivos.

Esta norma ha sido *(y es)* objeto de numerosas críticas, por lo "blanda" de la respuesta legal ante la comisión de delitos por parte de los menores de 18 años y mayores de 14 y por la poca o nula consideración que su regulación tenía con respecto a los derechos de las víctimas.

En su redacción original, la LORPM no contemplaba la posibilidad de ser parte acusadora a los ofendidos o perjudicados por los hechos delictivos cometidos por menores, limitando el ejercicio de

acciones por estos solo a la responsabilidad civil. Por otro lado, la redacción inicial de la LORPM en orden a la protección a las víctimas a través de las medidas cautelares, no arbitraba un sistema de medidas de protección, pues solo se tenía en cuenta como finalidad de las medidas cautelares la de evitar que el menor pudiera eludir u obstruir la acción de la justicia y el interés del menor, pero no la protección a los ofendidos por el delito.

Ante tal perspectiva, se produjeron una serie de modificaciones al texto inicialmente aprobado, que, por lo que respecta al tema objeto de estudio, se pueden resumir en las siguientes:

- Inclusión de la posibilidad del ejercicio de acciones penales por las víctimas, por medio de la acción particular, introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Inclusión entre las finalidades de las medidas cautelares la de proteger a las víctimas, previendo expresamente la medida de alejamiento, introducida por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores *(en la exposición de motivos de esta norma se afirma que "El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido")*.

No obstante, la propia LORPM define, en su Exposición de Motivos, la naturaleza de su procedimiento, como *"formalmente penal pero materialmente sancionador-educativo"*.

La LORPM, dentro de los diversos modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil, responde al denominado "modelo mixto", con elementos del modelo educativo y fundamentalmente del modelo de responsabilidad.

El modelo de responsabilidad se introduce en el derecho español siguiendo las directrices marcadas por la normativa relativa a la justicia de menores emanada de la ONU y del Consejo de Europa: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, “Reglas de Beijing”, de 1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, “Directrices de Riad”, de 1990; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 1990; la Recomendación nº 87 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Estas disposiciones determinaron el abandono del modelo tutelar, que era el vigente en España, reflejado en el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948.

El modelo tutelar a diferencia del de responsabilidad, consideraba al menor que cometía un delito como a una víctima merecedora de protección, un enfermo social, mezclándolo y confundiéndolo con otros menores desprotegidos y no reclamaba para él el reconocimiento de los derechos y garantías que sí se reivindicaban para los adultos en los procedimientos penales.

La LORPM reconoce a los menores los mismos derechos y garantías constitucionales y procesales que a los mayores de edad, pero con esta norma, el menor también va a ser tratado como responsable de sus actos y de las consecuencias sociales que estos tienen, sin perjuicio de la observancia, en todo caso, del principio de interés superior del menor.

Desde la perspectiva procesal, la LORPM tiene algunas lagunas, que se salvan aplicando supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*LECrim*), tal y como prevé la Disposición Final Primera de la LORPM. Así, según esta disposición: *“Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo*

dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma".

Nótese que la aplicación supletoria es para lo no expresamente regulado en la LORPM. En este sentido, merece poner de relieve que la LORPM tiene una regulación específica tanto respecto a los derechos de las víctimas *(artículo 4)*, como de las medidas cautelares que pueden imponerse a los menores *(artículos 28 y 29)*, por lo que se debería de entender que en estos ámbitos no cabe aplicación supletoria de la LECrim.

Competencia judicial

De acuerdo con los artículos 87 *ter* LOPJ y 14 LECrim, la competencia para instruir y, en su caso, enjuiciar los actos constitutivos de violencia de género recae en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, de acuerdo con la LORPM, corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos constitutivos de delito o falta tipificados en el Código penal o las leyes penales especiales, cometidos por mayores de 14 años y menores de 18, y al Juez de Menores, el enjuiciamiento *(como se ha comentado, la referencia a las faltas hay que entenderla efectuada a los delitos leves -disposición adicional segunda de la LO 1/2015-)*. Por lo tanto, la LORPM se está refiriendo a cualquier acto delictivo por un menor de entre 14 y 18 años, sin exclusión de los supuestos en los que el hecho cometido por el menor infractor sea constitutivo de violencia de género.

La cuestión, por tanto, se resuelve, de acuerdo con el principio de interés superior del menor que inspira el sistema penal juvenil, aplicando la LORPM, por lo que la instrucción corresponderá a los Fiscales de Menores y, el enjuiciamiento, a los Jueces de Menores.



Incoación del expediente

El Fiscal puede tener conocimiento de un hecho presuntamente constitutivo de delito cometido por un menor de 18 años y mayor de 14, por dos vías:

- Denuncia.
- Testimonio de particulares remitido al Fiscal por el Juez de Instrucción que conoce de la causa, cuando compruebe que los hechos presuntamente constitutivos de delito han sido cometidos conjuntamente por personas mayores y menores de edad.

Denuncia

La denuncia no está regulada en la LORPM, por lo que, de conformidad con su disposición final primera, cabe acudir como derecho supletorio a la LECrim.

Tienen la obligación genérica de denunciar todos aquellos que tengan noticia de los hechos *(artículo 16.2 LORPM)*, siendo esta obligación cualificada para los que tienen conocimiento de los hechos por razón de sus cargos, profesiones u oficios (*artículo 262 LECrim)*. No obstante, están exentos de formular denuncia:

- Los impúberes y los que no gocen del pleno uso de su razón *(artículo 260 LECrim)*.
- El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad *(artículo 261.1º LECrim)*.
- Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive *(artículo 261.2º LECrim)*.

- Los Abogados y Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes, y los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio *(artículo 263 LECrim)*.

A excepción del último supuesto, que realmente implica una obligación de no denunciar consecuencia del secreto profesional o de confesión, en el resto de casos lo que se contempla es una dispensa, por lo que pueden denunciar o no. Ahora bien, si deciden presentar la denuncia, la autoridad que les atienda les deberá de advertir de la exención de denunciar.

La denuncia se podrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido.

Diligencias preliminares

Una vez que el Fiscal recibe la denuncia de unos hechos presuntamente constitutivos de infracción penal cometidos por menores, puede archivar la denuncia sin más trámite o practicar las diligencias preliminares.

Estas diligencias preliminares, que son actos de investigación, tienen como misión despejar las dudas que pueda tener el Fiscal en relación con la verosimilitud de los hechos imputados, la tipicidad penal de los hechos, la minoría de edad de los presuntos responsables, y la oportunidad o no de desistir de la incoación del expediente.

No se contiene en la LORPM un listado de posibles diligencias a practicar, sino que, de un modo



genérico se dice en el artículo 16.2 que el Ministerio Fiscal *"practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión"*. Esta formulación tan genérica debe de interpretarse de modo restrictivo, pues de lo contrario se estaría trasladando a la fase previa a la instrucción el grueso de la investigación, lo que podría dar lugar a una vulneración del derecho de defensa del menor, el cual, en esta fase, puede ser que ni siquiera sea consciente de que se ha interpuesto una denuncia contra él.

Por ejemplo, el Fiscal podría practicas las siguientes diligencias preliminares:

- Para comprobar la verosimilitud de los hechos imputados al menor o cuando sea necesario algún dato para poder apreciar si el hecho denunciado puede ser constitutivo de delito o falta, el Fiscal puede citar a la persona que considere conveniente *(al denunciante, a la víctima o a cualquier otra persona conocedora de la situación)*, para tomarle declaración *(artículo 773.2 LECrim)*.

- Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el Fiscal podría recabar certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro y, si no estuviese inscrito o si no se pudiesen obtener dichos documentos, la edad del imputado se podría determinar con el informe del médico forense o de los médicos nombrados al efecto, elaborado tras el examen físico efectuado al menor *(artículo 375 LECrim, en relación con el artículo 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)*.

Practicadas las diligencias preliminares, el Fiscal adoptará una de les siguientes decisiones:

- Decretar el archivo de las actuaciones:
    - cuando los hechos no constituyan delito;
    - cuando el autor no sea conocido, sea menor de catorce años *(porque entonces es*



inimputable) o mayor de dieciocho *(ya que, en este caso, no resulta aplicable el sistema penal juvenil, sino el de adultos, el CP)*;

- cuando la denuncia sea manifiestamente falsa; cuando no se haya dado cumplimiento a alguna condición de perseguibilidad de los hechos;
- cuando el hecho presuntamente constitutivo de delito o falta haya prescrito; o
- cuando exista cosa juzgada material *(lo que suponer la imposibilidad de enjuiciar, por vía de un nuevo proceso, un asunto que ya ha sido objeto de una resolución judicial firme e irrevocable)*.

- Decretar el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. Entiendo que esta decisión no resulta aplicable en los supuestos de violencia de género, ya que para su aplicación se requiere que los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o delitos leves, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales, y, como ya se ha tenido ocasión de comentar en varias ocasiones, una de las características de los delitos de violencia de género es, precisamente, el ejercicio de violencia, física o psíquica.

- Decretar la incoación del expediente. Con esta decisión se abre la fase de instrucción.

Fase de instrucción

La fase de instrucción se inicia con la decisión del Fiscal de incoar el expediente, decisión ésta que tiene que notificar:

- al Juez de Menores, el cual iniciará las diligencias de trámite correspondientes y ordenará la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil,
- al menor infractor, y
- a la víctima.

La fase de instrucción tiene por objeto:

- Preparar la celebración del juicio o audiencia. En esta fase se practican las diligencias de investigación necesarias para constatar la perpetración del hecho delictivo y la participación del menor en el mismo, y se recogen y custodian las piezas, documentos y efectos relacionados con el hecho imputado.

- Adoptar medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima.

- Proposición, por el Fiscal, de las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa. No obstante, el Fiscal también puede proponer el sobreseimiento del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (artículos 19 y 27.4 LORPM).

Personación de la víctima

A diferencia de lo que ocurre en el sistema penal diseñado para los adultos, en el que la acción penal para el castigo del delito es pública y, en principio, la pueden ejercer todos los ciudadanos españoles (artículo 101 LECrim), con algunas excepciones contempladas en la norma, en el caso del sistema penal juvenil no es así.



Por lo que al sistema penal juvenil se refiere, tradicionalmente la acción penal solo podía ser ejercida por el Ministerio Fiscal porque no se consideraba compatible el sistema penal juvenil con la intervención de la víctima como parte acusadora, por considerar que aquél tiene como fin la reeducación y reinserción social del menor infractor, mientras que ésta tiene un fin vengativo.

La posibilidad de ejercitar la acusación particular se introduce en la LORPM por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con el objetivo de dar respuesta a la demanda social de conceder más protección a la víctima.

Según el artículo 25 LORPM, en el proceso penal de menores, la acusación particular la pueden ejercer *"las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces"*. Aunque de la literalidad de este precepto se puede deducir que pueden presentar acusación particular indistintamente la víctima *(o sus representantes legales si es menor de edad o incapaz)*, sus padres o sus herederos, un sector doctrinal considera que esa no es la intención del legislador y entienden que el precepto debe de interpretarse restrictivamente, correspondiendo la acusación particular a la víctima o a sus representantes legales en caso de que ésta sea menor de edad o esté incapacitada y que, en caso de fallecimiento de la misma como consecuencia de la agresión, entonces podrían ejercer la acusación particular sus padres o herederos.

Del mismo artículo resulta que *"Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses"*. De esta formulación podemos extraer, de un lado, que la personación del acusador particular se realiza ante el Juez de Menores y, por otro lado, que la personación tendrá lugar una vez decretada por el Fiscal la incoación del expediente, por ser éste el momento en el que el Fiscal da cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores. Además, la personación se tiene que realizar antes de que el Juez de Menores abra

el trámite de audiencia ya que, una vez abierta esta fase, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que formulen alegaciones y propongan la prueba que estimen pertinente *(artículo 31 LORPM)*.

El artículo 25 LORPM contempla un listado abierto de facultades y derechos que se reconocen a la acusación particular. En concreto, en este precepto se contemplan las siguientes facultades y derechos:

a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley.
c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

A estos derechos cabría añadir otros que se encuentran dispersos en el articulado de la Ley, como, por ejemplo:

- Solicitar el secreto del expediente *(artículo 24 LORPM)*.
- Solicitar la práctica de diligencias que afecten a derechos fundamentales del menor o de otras personas *(artículo 26.3 LORPM)*.
- Solicitar la adopción de medidas cautelares *(artículo 28.1 LORPM)*.



- …

Además, en su condición de víctima, la mujer agraviada goza de los derechos y facultades que le reconoce la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, aun sin haberse personado como acusación particular, teniendo en cuenta, como en el caso de la aplicación de la LOMPIVG, las especialidades derivadas del sistema penal juvenil.

La víctima de un delito de violencia de género cometido por un menor de edad se puede personar como acusación particular y, aunque no se haya personado, tiene el derecho de que se le informe, durante todo el proceso, de las resoluciones que se adopten y puedan afectar a sus intereses y seguridad.

Diligencias de investigación

El Fiscal podrá acordar *per se*, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, la práctica de aquellas diligencias de investigación que no sea restrictivas de derechos fundamentales, ya que, si son restrictivas de derechos fundamentales, necesitará la autorización del Juez de Menores.

No se contiene en la LORPM un listado de posibles diligencias de investigación a practicar, por lo que tenemos que acudir, de forma supletoria, a las disposiciones de la LECrim. El Fiscal podría llevar a cabo, entre otras, las siguientes diligencias:

- Inspección ocular.
- Declaración del menor imputado.
- Declaración de testigos.
- Solicitud de informes periciales.
- …

Y necesitará la autorización judicial para llevar a cabo, por ejemplo, la entrada y registro domicilio o

la intervención de las comunicaciones personales, por suponer éstas una limitación de derechos fundamentales.

Por lo que respecta a la violencia de género tiene mucha importancia la declaración de testigos, especialmente de la víctima, porque en muchas ocasiones estas declaraciones, especialmente la de la víctima, constituyen la única prueba, ya que es frecuente que los hechos tengan lugar en el ámbito íntimo y no existan otros medios probatorios. Conviene hacer mención aquí a la dispensa de la obligación de declarar.

Según el artículo 416.1 LECrim, están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.

Por tanto, la dispensa de la obligación de declarar no operará en la mayor parte de los supuestos de violencia de género ejercida por menores, en las que existe una relación de noviazgo sin convivencia.

Además, para que opere esta dispensa, tiene que existir o haber existido relación conyugal o análoga *(con convivencia)* en el momento de la comisión de los hechos *(así lo ha aclarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional, de 24 de abril de 2013)*.

En el caso de que quien se acoja a la dispensa de la obligación de declarar sea la víctima de violencia de género, esto conducirá, en la mayor parte de los supuestos, al sobreseimiento de la causa.

Cabe tener en cuenta, por otro lado, que, de conformidad con los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional, de 24 de abril de 2013, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la mujer víctima de violencia de género tiene derecho a no declarar, aunque haya presentado denuncia contra el agresor, ahora bien, esta dispensa decae en el supuesto de que se haya personado en el proceso como



acusación particular.

El testigo, incluida la víctima, tiene que ser informado de su derecho a no declarar contra el procesado. Si, pese a ello, decide declarar, hay que tener en cuenta que tiene obligación de decir la verdad, por lo que si miente se le podría imputar un delito de falso testimonio; puede, no obstante, no contestar alguna pregunta que pudiera perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante a la persona y/o fortuna del procesado (Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2010).

Cuando los testigos que declaren sean menores de edad:

- El Fiscal tiene que estar presente en la declaración *(de hecho, el Fiscal es el que dirige la instrucción en los procesos penales en los que el acusado es un menor)*;
- La declaración puede tener lugar con la intervención de expertos *(psicólogos infantiles, pedagogos...)*, e incluso puede acordarse que las preguntas le sean formuladas por expertos;
- Se pueden emplear medios técnicos para que el menor no vea al inculpado *(mamparas, declaración por videoconferencia...)*;
- solo podrá acordarse el careo cuando resulta imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y se disponga de un informe pericial que concluya que no será lesivo para el interés del menor.

Cuando, además de testigo, se trate de la víctima de la violencia de género, cabe tener en cuenta lo siguiente:

- solo se recibirá declaración a la víctima cuando sea estrictamente necesario para los fines de la investigación penal, debiendo realizarse sin dilaciones injustificadas y el menor número de



veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.

- Durante la declaración, puede estar acompañada, además de por su abogado y, en su caso, representante legal, por una persona de su elección, salvo que el Fiscal resuelva lo contrario para garantizar el correcto desarrollo de la declaración.

- La declaración debe de tener lugar en dependencias especialmente concebidas y adaptadas a tal fin.

- En la medida de lo posible, la declaración la recibirá la misma persona que, si es posible y así lo solicita la víctima, será una mujer, salvo que la declaración deba tomarse directamente por el Fiscal o el Juez.

- Se adoptarán las medidas necesarias para proteger la intimidad de la víctimas y de sus familiares.

Adopción de medidas cautelares

Se puede solicitar la adopción de las medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima.

Esta solicitud la pueden formular dicha solicitud:

- el Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, y
- la parte personada como acusación particular.

La competencia para resolver acerca de la solicitud de medidas cautelares corresponde al Juez de Menores.

Los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho *("cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito")* y el *periculum in mora* o peligro derivado de la duración del proceso *("riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima")*.

Las medidas cautelares pueden consistir, de acuerdo con el artículo 28.1 LORPM, en el internamiento en centro, en la libertad vigilada, en la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Estas medidas tienen unas características propias que las distinguen de las del proceso de adultos. Para adoptarlas se tiene que valorar el superior interés del menor; se tiene que valorar el interés del menor expedientado, tanto en el momento de decidir si aplicar o no una medida cautelar, como en el momento de la elección de la concreta medida cautelar a aplicar.

En cuanto a la protección específica de las víctimas a través de la adopción de medidas cautelares, aunque se pueden adoptar medidas cuya finalidad es la de proteger a las víctimas, están limitadas a:

- Las que se pueden adoptar, que son: internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

- solo se pueden adoptar las contempladas en la LORPM, sin que resulte procedente aplicar con carácter supletorio ningún otro tipo de medida.



- Aunque estas medidas puedan estar orientadas a la protección a la víctima, la finalidad última es la protección y custodia del menor.

Por lo que respecta a la medida de internamiento, de acuerdo con los compromisos internacionales suscritos por España, esta medida tiene que ser siempre adoptada con carácter restrictivo. En este sentido, en la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, la Fiscalía General del Estado establece, respecto de la medida de internamiento, que la aplicación de esta medida debe necesariamente restringirse, teniendo en cuenta los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

Las medidas cautelares de naturaleza penal del artículo 544 *bis* LECrim, como la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o comunidad autónoma; la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o comunidades autónomas, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas, pueden acordarse en el proceso de menores:

- con la medida cautelar de alejamiento o
- con los alejamientos impuestos como reglas de conducta a través de la medida cautelar de libertad vigilada,

En cualquier caso, regirán los principios propios del sistema penal juvenil.

Además, las medidas previstas en el artículo 544 *bis* LECrim no se pueden adoptar de forma autónoma, sino con la medida cautelar de alejamiento o con la medida cautelar de libertad vigilada, dado que la LECrim no puede aplicarse supletoriamente en materia de medidas cautelares por encontrarse éstas reguladas en la LORPM.

De la literalidad del artículo 28.2 LORPM resulta que para decretar una medida de internamiento solo se deben ponderar la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor y el peligro de fuga o reincidencia, sin tener en cuenta, por tanto, el potencial peligro para la víctima. Esta redacción da a entender que el internamiento cautelar no puede ser adoptado solo con la finalidad de proteger a la víctima; sin embargo, en la Circular 1/2007, la Fiscalía General del Estado dispone que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

En los supuestos de violencia de género, las medidas cautelares más comunes son la libertad vigilada y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o personas de su entorno. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no se podrá garantizar el cumplimiento de la medida de aproximación a través del uso de dispositivos electrónicos, ya que esta posibilidad no se contempla en la LORPM, y, por lo tanto, su utilización en contra de la voluntad del menor sería improcedente.

Una vez delimitadas las medidas que, de acuerdo con la LORPM, pueden adoptarse, vemos que quedan fuera las medidas civiles relacionadas con la situación de violencia *(como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos o el régimen de prestación de alimentos)*, por lo que dichas medidas queda fuera del ámbito competencial de los Juzgados de Menores y tendrán que solicitarse su adopción, en su caso, en el Juzgado de Primera Instancia.

Ello supone supone que las víctimas de un delito cometido por un menor de edad están menos protegidas que las víctimas de los delitos cometidos por adultos.

Además de las medidas civiles contempladas en la LOMPIVG, en el artículo 158 del Código Civil se contemplan medidas que pueden ser necesarias para proteger al hijo de la víctima y el agresor, como



por ejemplo: "las destinadas a asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres"," las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda" y "las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas".

Respecto a estas medidas, hay quien entienden que podrían ser acordadas por el Juez de Menores, ya que el último párrafo del citado artículo establece que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria. Frente a esta postura, están los que consideran que estas medidas son medidas ante una situación de desprotección del hijo de la pareja y el Juez de Menores no asume funciones de protección en caso de desamparo, correspondiendo esta función de protección al Ministerio Fiscal.

En otro orden de cuestiones, por cuanto a la forma de adoptar las medidas cautelares que, en el caso de delitos cometidos por adultos, tiene lugar a través de la orden de protección, cabe preguntarse si también se puede utilizar esta forma de adopción cuando los delitos son cometidos por menores.

Especial consideración a la Orden de protección

Surge la duda acerca si es posible adoptar una orden de protección, en los términos contemplados en el artículo 544 ter LECrim, en los supuestos en los que el acto de la violencia de género sea ejercida por un menor de 18 años y mayor de 14, ya que esta figura no está contemplada en la LORPM.

En el ámbito de la jurisdicción de adultos, la orden de protección confiere a la víctima el estatuto integral de protección, contempla medidas cautelares de naturaleza penal y, en su caso, civil, y le permite acudir a las diferentes administraciones solicitando el resto de medidas, sociales, asistenciales, jurídicas, económicas y laborales contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.



Existen dos corrientes al respecto. Por un lado, algún autor y alguna resolución aislada defienden su aplicación en base al carácter supletorio de la LECrim contemplado en la disposición final primera de la LORPM. Por otro lado, la doctrina mayoritaria y la práctica en los juzgados consideran que no puede ser aplicada en el proceso penal de menores la orden de protección en los términos en los que está recogida en la LECrim, por entender que el carácter supletorio de la LECrim no puede operar cuando la materia de que se trate ya tenga una regulación suficiente en la LORPM o cuando tal aplicación resulte incompatible con los principios informadores de ésta, especialmente el interés superior del menor, y que, por lo tanto, estando las medidas cautelares expresamente reguladas en la LORPM, no procede acudir en esta materia a las disposiciones de la LECrim; además, la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, entre otros artículos, ha reformado el artículo 28, ha introducido la medida de alejamiento y ha modificado los requisitos de las cautelares para proteger a la víctima, sin hacer la menor referencia a la orden de protección.

Respecto a esta cuestión, la Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado señala que *"[...] debe partirse de que no cabe aplicar las disposiciones del art. 544 ter LECrim al proceso penal de menores, ni en cuanto al procedimiento ni en cuanto a las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas [...]"*.

Fase de audiencia

En la fase de audiencia es donde se deben practicar las pruebas que deberán llevar al Juez a determinar si aplicará o no alguna de las medidas recogidas en el artículo 7 LORPM y, en su caso, cuál de ellas aplicará.

Ahora bien, la fase de audiencia no se abrirá en todo caso. Esta fase no se abrirá:

- Si el Fiscal acuerda el archivo de las actuaciones a raíz de los resultados de las diligencias preliminares, por considerar que el hecho no es delictivo o porque no exista un autor



conocido.

- Si el Fiscal acuerda el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, en los términos del artículo 18 LORPM.

- Si el Fiscal acuerda el sobreseimiento, en los términos de los artículos 19 y 27.4 LORPM.

- Si el Juez dicta sentencia de conformidad sin más trámite por manifestar el menor, antes de la apertura de la fase de audiencia, estar conforme con los hechos que se le imputan y con las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, estando asimismo conforme su letrado y los responsables civiles, en su caso, siempre y cuando las medidas solicitadas sea alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7.

Respecto a la fase de la audiencia, las cuestiones más relevantes cuando nos referimos a un supuesto de violencia de género cometido por un menor de edad son las relativas a los sujetos que tienen que asistir y a la publicidad de la audiencia.

Asistencia a la audiencia

Por cuanto a la asistencia a la audiencia, de acuerdo con el artículo 35.1 LORPM, deberán de asistir, entre otros, las partes personadas y el menor infractor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario.

Como se ha tenido ocasión de apuntar, pueden constituirse en acusación particular la víctima o sus representantes legales, en caso de que ésta sea menor de edad o esté incapacitada y, en caso de fallecimiento de la misma como consecuencia de la agresión, sus padres o herederos.



Por lo tanto, si la víctima no se persona o, personándose, es menor de edad, no tiene que asistir a la audiencia en calidad de parte acusadora, pero eso no quiere decir que no tenga que comparecer en la audiencia en calidad de testigo.

Para evitar el impacto negativo que puede ocasionar a la víctima o testigo menor de edad la participación en un proceso judicial, se han establecido dos medidas para suplir la improcedencia o imposibilidad de asistencia al juicio oral de la víctima o testigo menor de edad, y que son:

- La preconstitución probatoria, lo que supone que la práctica de la prueba tiene lugar con anterioridad a la apertura de la fase de audiencia.

- Los testigos de referencia, que son los que han tenido conocimiento de los hechos a través de lo que le han contado. No obstante, no suele ser suficiente la mera existencia de testigos de referencia para logar una sentencia condenatoria, sino que normalmente deben existir otras pruebas que corroboren los hechos.

Además, de acuerdo el Estatuto de la Víctima del delito, se pueden emplear medios técnicos para que la menor no vea al inculpado *(mamparas, declaración por videoconferencia...)*, y, tratándose de víctimas menores de edad, además, se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito, particularmente:

- La grabación por medios audiovisuales de las declaraciones recibidas a la víctima durante la fase de investigación, que podrán ser reproducidas en el juicio.

- La posibilidad de recibir declaración a la víctima por medio de expertos.

Por lo que respecta a la audiencia del menor imputado, del artículo 35.1 LORPM resulta que la asistencia del menor imputado a la audiencia es obligatoria, pudiendo estar el mismo acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario.

No obstante, en la Circular 1/2007 de la FGE, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la legislación penal de menores de 2006, se contempla que, en orden a proteger el superior interés del menor, debe ser admisible la celebración del juicio en ausencia:

- para evitar dilaciones indebidas y retrasos en el inicio del tratamiento educativo y socializador del infractor,
- para prescindir en algunos casos de la adopción de medidas cautelares,
- para neutralizar la revictimización de los ofendidos generada por continuas suspensiones, y
- para eludir el posible daño a la Justicia derivado de un decaimiento de las fuentes de prueba,

bajo la justificación de que LORPM ni prohíbe ni regula la admisibilidad del enjuiciamiento en ausencia, por lo que serían aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas al respecto en la LECrim, que, por lo demás, no contrarían ningún principio estructural de la jurisdicción de menores.

Asimismo, en la citada Circular se dispone que, para poder instar la celebración del juicio en ausencia, deben concurrir los siguientes requisitos:

- Que el menor sea advertido personalmente por el Fiscal de la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia si no comparece y requerido por éste para que designe un domicilio en España, a efectos de notificaciones o una persona que las reciba en su nombre.
- Que el Fiscal lo solicite expresamente.



- Que existan, a criterio del Juez, elementos suficientes para el enjuiciamiento.
- Que se oiga la defensa.
- Que la medida que se solicite no sobrepase los dos años cuando sea privativa de libertad o los seis años, cuando sea de distinta naturaleza.
- Que el menor haya sido oído durante la instrucción.
- Habrán de entenderse aplicables las disposiciones sobre el recurso de anulación del artículo 793.2 LECrim, complemento indispensable de una regulación garantista de los juicios *in absentia*.

En el caso de que el menor imputado asista a la audiencia puede ser que el Juez, en un momento dado considere, de oficio o a solicitud de las partes, que el interés del menor aconseja que éste abandone la sala. En tal caso, el Juez acordará motivadamente el abandono de la sala por parte del menor imputado y ordenará que continúen las actuaciones hasta que el menor pueda retornar a aquélla.

En principio, las sesiones de la audiencia son públicas, lo que implica que cualquier persona puede asistir, salvo que el Juez, en interés de la persona imputada o de la víctima, acuerde que se celebren a puerta cerrada. En todo caso, se prohíbe que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor o datos que permitan su identificación.

Práctica de prueba

La fase de audiencia es el momento procesal oportuno para la práctica de las pruebas.

Se podrán practicar todas las pruebas propuestas por las partes en sus escritos de alegaciones que hayan sido declaradas pertinentes por el Juez en el auto de apertura de la audiencia, así como las pruebas propuestas en la audiencia que sean igualmente declaradas pertinentes por el juez.



Los medios de prueba son los mecanismos que permiten alcanzar certeza sobre la realidad de ciertos hechos. Son los elementos o instrumentos corporales o materiales que utilizan los litigantes para convencer al juez sobre la existencia o inexistencia de los datos contenidos en las alegaciones. El medio de prueba constituye para el juez la fuente de donde ha de extraer los motivos para su convicción en relación con el hecho que se trata de probar.

La utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa está configurada como un derecho fundamental *(art. 24.2 de la CE)*.

El artículo 299 LEC contempla los medios de prueba específicos de los que se puede hacer uso en el juicio, sin perjuicio de que puedan proponerse otros de los que se pueda obtener certeza sobre los hechos relevantes para el juicio:

- Interrogatorio de las partes.
- Documentos públicos.
- Documentos privados.
- Dictamen de peritos.
- Reconocimiento judicial.
- Interrogatorio de testigos.
- Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen
- Instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso

En los artículos 385 y 386, la LEC hace referencia a las presunciones.



Medidas aplicables al menor autor de violencia de género

Concluida la fase de audiencia, el Juez de Menores, a la vista de las peticiones formuladas por la acusación, y teniendo en cuenta el informe del equipo técnico, dictará sentencia en la que impondrá, en su caso, aquella medida o medidas contempladas en el artículo 7 LORPM que estime más adecuadas, teniendo en cuenta el superior interés del menor y la reeducación del mismo.

En la jurisdicción de menores rige la flexibilidad en la elección de la medida, por lo que el Juez ha prestar atención, no únicamente a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Respecto al interés del menor, van a ser los equipos técnicos adscritos funcionalmente a Jueces y Fiscales de Menores los que van a orientar sobre qué interesa al menor en cada momento del procedimiento, para lo cual emitirán informes sobre su situación psicológica, educativa y familiar, así como sobre su entorno social y cualquier otra circunstancia relevante.

A pesar de esta flexibilidad, hay dos supuestos en los que el Juez no tiene margen de decisión, de modo que tiene que aplicar preceptivamente el internamiento en régimen cerrado cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138 *(homicidio)*, 139 *(asesinato)*, 179 *(violación)*, 180 *(tipos cualificados de agresión sexual y violación)* y 571 a 580 del Código Penal *(terrorismo)*, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años. Además, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Las medidas aplicables a los menores infractores se contemplan en el artículo 7 LORPM, y son las siguientes, ordenadas según la restricción de derechos que suponen:

1. **Internamiento en régimen cerrado**. Las personas sometidas a esta medida residirán en el

centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

2. **Internamiento en régimen semiabierto**. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

3. **Internamiento en régimen abierto**. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

4. **Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto**. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

5. **Tratamiento ambulatorio**. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en



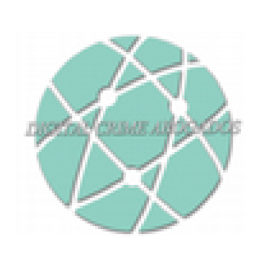
la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

6. **Asistencia a un centro de día**. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

7. **Permanencia de fin de semana**. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

8. **Libertad vigilada**. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

    1.ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.



2.ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3.ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4.ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5.ª Obligación de residir en un lugar determinado.

6.ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7.ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. **La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez**. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine



el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hay que recordar que no puede garantizarse el cumplimiento de esta medida a través del uso de dispositivos electrónicos, pues al no tener una previsión legal expresa en la LORPM, sería improcedente su utilización en contra de la voluntad del menor.

10. **Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo**. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

11. **Prestaciones en beneficio de la comunidad**. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

12. **Realización de tareas socio-educativas**. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

13. **Amonestación**. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las



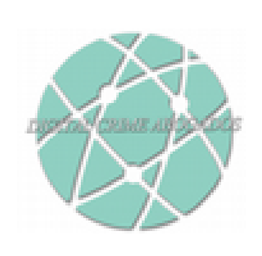
consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

14. **Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas**. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

15. **Inhabilitación absoluta**. La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

La medida de internamiento, de acuerdo con los compromisos internacionales suscritos por España, tiene que ser siempre adoptada con carácter restrictivo.

El principio de flexibilidad también opera durante la ejecución, para adaptar la medida a la evolución educativa del menor. Así, según el artículo 14.1 LORPM, *"El Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta"*.



FUENTES CONSULTADAS

Además de la normativa, sentencias, circulares e instrucciones mencionadas, para la elaboración del presente documento se han consultado las siguientes fuentes:

- P. Alhambra Pérez, M. Comas d´Argemir, C. Cruz Moratones y otros, *Guía práctica de la Ley Orgànica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

- Mª. T. Gonzalo Rodríguez, *Especialidades civiles en violencia de género*, Revista de Jurisprudencia núm. 3, 2012

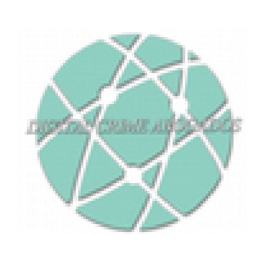
- *Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género*, Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, 2013

- C. Blanco, D. Castaños, J. Cendra y otros, *Guía práctica para el asesoramiento legal a víctimas de violencia de género*, Fundación Fernando Pombo, 2015.

- M. Serrano Masip, C. Villacampa Estiarte, J. M.ª Tamarit Sumalla y otros, *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

- Comunicado de la Delegación del Gobierno para la violencia de género sobre la publicación y entrada en vigor de la Ley que permite el reconocimiento mutuo de las órdenes europeas de protección, de 14 de enero de 2015.

- V. Magro Servet, *La intervención de los jueces penales en la adopción de medidas civiles de familia tras las recientes reformas legales,* Revista de Derecho de Familia núm. 38, 2016.



- *Guía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

- Página web del Instituto Andaluz de la Mujer

- A. I. Vargas Gallego, *Nuevas formas de violencia contra las mujeres. Redes sociales. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2, 2013.

- A. Fernández Doyague, *La denominada violencia cibernética. Internet y las redes sociales*, 2014.

- *Protocolo de detección e intervención en la atención a víctimas de ciberdelincuencia de género*, Instituto Andaluz de la Mujer, 2015.

- *Ciberacoso y Violencia de Género en Redes Sociales. Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, 2015.

- *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales*, Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, 2015,

- V. Magro Servet, *Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género*, Editorial La Ley, 2015.

- S. Fernández Bautista, V. Gómez Martín, S. Mir Puig y otros, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

- J.S. Vera Sánchez, S. Fernández Bautista, V. Gómez Martín y otros, *Manual de Derecho*

Penal Parte Especial Tomo 1. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, Tirant lo Blanch, 2015.

- C. Blanco, D. Castaños, J. Cendra y otros, *Guía práctica para el asesoramiento legal a víctimas de violencia de género*, Fundación Fernando Pombo, 2015.
- R. Alcácer Guirao, J. Alonso Gallo, S. Bacigalupo Saggese y otros, *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, 2015.
- Mª. J. Millán de las Heras, *La jurisdicción de menores ante la violencia de género*, Revista de estudios de juventud, 2009.
- Mª. J. Molina caballero, A*lgunas fronteras de la ley integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y Mediación*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2015
- C. Blanco, D. Castaños, J. Cendra y otros, *Guía práctica para el asesoramiento legal a víctimas de violencia de género*, Fundación Fernando Pombo, 2015.
- P. Grande Seara y E. Pillado González, *La Justicia Penal ante la violencia de género ejercida por menores*, Tirant lo Blanch, 2016